

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

Vol. XIII • Nº 1 • NUEVA SERIE II (2022)

ISSN 1850-9371



* Edición Digital

*Incorporada a LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadas) (Nivel I)

*Incorporada al NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS- CAICYT (Nivel I)

*Incorporada a LatinREV (FLACSO Argentina)

*Incorporada a la Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

*Incorporada a SciELO (Scientific Electronic Library Online)

ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

DIRECTORA
Zlata Drnas de Clément

SECRETARIA
Carla Saad

COMITÉ DE REDACCIÓN
CONSEJO ASESOR

Marcela Aspell (CONICET - Argentina)
Manlio Bellomo (Universidad de Catania - Italia)
José Antonio Escudero López (UNED - España)
Gonzalo Fernández (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)
Carlos Garriga (Universidad del País Vasco - España)
Ricardo Haro (Universidad Blas Pascal - Argentina)
Waldemar Hummer (Universidad de Innsbruck - Austria)
Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)
Juan Carlos Palmero (Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba - Argentina)
María Teresa Ponte Iglesias (Universidad de Santiago de Compostela - España)
Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid - España)
Horacio Roitman (Universidad Empresarial Siglo 21 - Argentina)
Claudio Zanghi (Universidad de Roma "La Sapienza" - Italia)
Jorge Horacio Zimny (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)

CONSEJO DE REDACCIÓN

José C. Bocchiardo
Esteban Federico Llamosas
Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
Ernesto J. Rey Caro
Efraín Hugo Richard
María Alejandra Sticca
Amalia Uriondo de Martinoli
Rafael Vaggione

Dirección, redacción y correspondencia
Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-RA
Tel. 0054 351 4332059
revistafacultad@derecho.unc.edu.ar
facultadrevista@yahoo.com.ar

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Hugo JURI

VICERRECTOR

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Guillermo BARRERA BUTELER

VICEDECANO

Edgardo GARCÍA CHIPLÉ

SECRETARIO ACADÉMICO

Alejandro FREYTES - Giselle JAVUREK

SECRETARIA DE CIENCIA Y TÉCNICA

Amalia URIONDO DE MARTINOLI - Carlos ECHEGARAY DE MAUSSION

SECRETARIO LEGAL Y TÉCNICO

Victorino SOLÁ - Lorenzo Daniel BARONE

SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Diego Agustín AGUDO

SECRETARIO DE POSTGRADO

Edgardo GARCÍA CHIPLÉ

SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y RR II

Jorge E. BARBARÁ

SECRETARIO DE GRADUADOS

Maximiliano RAIJMAN

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR UE CONICET

Esteban LLAMOSAS

VICEDIRECTOR

Guillermo LARIGUET

COORDINADORA ACADÉMICA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN

María Cristina DI PIETRO

ÁREA DE POLÍTICA DE GÉNERO

DIRECTORA

Mariana SÁNCHEZ

CONSEJO DIRECTIVO

PROFESORES TITULARES

TITULARES

AVILA PAZ, Rosa Angélica
FREYTES, Alejandro
JUNYENT BAS, Francisco

SUPLENTES

VARIZAT, Andrés
MONTERO, Jorge
GHIRARDI, Juan Carlos

PROFESORES ADJUNTOS

TITULARES

ALLIONE, Osvaldo
GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo C.
VILLA, Juan Esteban

SUPLENTES

SANCHEZ, Mariana
JUAREZ, María Laura
JUAREZ FERRER, Martín José

DOCENTES AUXILIARES

TITULARES

ECHENIQUE, Laura
COCCO, María Fernanda
AGÜERO PIÑERO Juan Pablo

SUPLENTES

JAIME, Marcelo Nicolás
GORDILLO SARAVIA, Francisco
SOSA, Lucrecia Irene

EGRESADOS

TITULARES

MORRA, Santiago
RAMIREZ, Faustina

SUPLENTES

SÁRSFIELD, Eduardo
BERROTARAN, Alejandro

ESTUDIANTES

TITULARES

MARTINEZ, Gisella Anabel
PEREYRA, Lucas Gabriel
TAURIAN, Milena
FERNÁNDEZ, Micaela Josefina
GAUNA, Juan Tomás
HIDALGO, Denis Nahuel

SUPLENTES

BRUNO, Aldana Eugenia
MARMOL, Pablo
DELEU ROBERTS, Ania Brigitte
SANGOY, Ayrton
VAZQUEZ CAMPAZZO, Carolina A.
GENNA, Giuliana Ailen

NO DOCENTES

TITULAR

DIAZ CAAMAÑO, Mirta Gabriela

SUPLENTE

PERANOVICH, Damián

ÍNDICE

Reglamento de la Revista - Normas editoriales XI

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

EL CASO CAROLINA. MUJER ARGENTINA ATRAPADA EN EGIPTO
THE CAROLINA CASE. ARGENTINE WOMAN TRAPPED IN EGYPT
Amalia Uriondo de Martinoli 1

**EL REENVÍO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO:
APORTES DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA**
*THE RENVOI IN ARGENTINE PRIVATE INTERNATIONAL LAW:
CONTRIBUTIONS OF DOCTRINE AND JURISPRUDENCE*
Luciana B. Scotti 35

LA INTERPRETACION OPERATIVA
THE OPERATIONAL INTERPRETATION
Ernesto Abril 65

ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN DERECHO ROMANO CLÁSICO
ACQUISITION OF PROPERTY UNDER CLASSICAL ROMAN LAW
José Antonio González Romanillos 75

**GRUPOS VULNERABLES Y EMERGENCIA DE SALUD. ¿EN TORNO AL DISEÑO
DE UN CONTROL DIFERENCIADO DE CONVENCIONALIDAD?**
*VULNERABLE GROUPS AND HEALTH EMERGENCY. AROUND THE DESIGN
OF A DIFFERENTIATED CONTROL OF CONVENTIONALITY?*
Victorino Solá 93

**LINEAMIENTOS DE LA METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN AMBIENTAL
ESTRATÉGICA BASADA EN PRINCIPIOS**
*GUIDELINES OF THE STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT
METHODOLOGY BASED ON PRINCIPLES*
Cristina del Campo 173

**LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DE LA MEDIACIÓN EN LA LEY 10543 Y EN
LA NORMATIVA DICTADA DURANTE LA PANDEMIA**
*PRINCIPLES AND GUARANTEES IN MEDIATION ACT 10543 AND IN
REGULATIONS ISSUED DURING THE PANDEMIC*
Manuel Campodónico 197

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL Y OBJETIVIDAD
QUANTIFICATION OF NON-PECUNIARY DAMAGES AND OBJECTIVITY

Julio Mariano López.....221

JURISPRUDENCIA

VICIO DE LOS ACTOS JURÍDICOS: LESIÓN
VICE OF THE LEGAL ACTS: INJURY

Alejandro José Barilari (h) - Natalia Elizabeth Carrizo - Evangelina Inés Suárez.....245

SUCESION INTERNACIONAL
INTERNATIONAL SUCCESSION

Mónica Assandri.....291

CRÓNICAS E INFORMACIONES

Museo Histórico de la Facultad	303
Área de Políticas de Género. Formación académica.....	305
Formación en posgrado.....	314
Programa de Posdoctorados.....	317
Actividades en investigación.....	319
Ciencia y Técnica	319
Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales	320
Actividades de extensión y relaciones internacionales	323
Actividades para graduados	324

RECENSIONES

BARBARÁN, Gustavo E. (Coordinador - Compilador). <i>La Cuestión de las Islas Malvinas, Georgia y Sándwich del Sur, en un contexto de rediseño geopolítico mundial</i> , Ediciones Universidad Católica de Salta (EUCASA) Salta - Argentina, 2020, 245 páginas. Yamila Carolina Yunis	327
KOHEN, Marcelo G. - RODRIGUEZ, Facundo D. <i>Las Malvinas entre el Derecho y la Historia. Refutación del folleto británico "Más allá de la historia oficial. La verdadera historia de las Falklands/Malvinas"</i> , Editorial Universitaria de Salta (UNAS), reimpresión 2017, 301 páginas. Yamila Carolina Yunis	329
HIRSCH, Francine. <i>Soviet Judgment at Nuremberg: A New History of the International Military Tribunal after World War II</i> , Oxford University Press, Oxford, 2020, 536 páginas. Kirsten Sellars.....	330
MANEIRO VAZQUEZ, Yolanda. <i>La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española</i> , Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona - España, 2021, 213 páginas. Carla Saad	337

NAVEJA MACÍAS, José de Jesús (Organizador). <i>Congreso Internacional de Derecho Ambiental en Homenaje l Dr. Néstor Cafferatta</i> , Academia Mexicana de Derecho Juan Velázquez A.C., México, de febrero a 6 de marzo de 2022 (versión digital). <i>Zlata Drnas de Clément</i>	339
PASZUCKI, Samuel (Coordinador). <i>Casos y Cosas de la Mediación en Pandemia</i> , Editorial Brujas, Córdoba - Argentina, 2021, 148 páginas. <i>Lujan D´Adam</i>	343

REGLAMENTO DE LA REVISTA

NORMAS EDITORIALES

1. Naturaleza y objetivos de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

La Revista es continuación de la publicación del mismo nombre que se editara entre 1993 y 2000, la que, a su vez, prosiguiera la labor de los antiguos Anales y el Boletín de la Facultad. Es una publicación impresa, científica, arbitrada, con una periodicidad de dos números por año, cuyo propósito es difundir en el ámbito jurídico profesional, académico y educativo, los estudios llevados a cabo en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular. Su objetivo es presentar la producción científica de sus miembros y colaboradores a la comunidad académica jurídica, estimular la difusión de la labor científico-académica de sus docentes, la aproximación interdisciplinaria y la provisión de materiales para los aprendizajes de los estudiantes. Los Profesores de la casa son invitados naturales a presentar contribuciones a la Revista, si bien recibe colaboraciones de autores ajenos a la entidad editora. Sólo admite trabajos inéditos no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. La Revista cuenta con un Consejo Asesor y un Consejo de Redacción. La Revista no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores. La presentación de los trabajos implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales del presente reglamento. En líneas generales, las fechas de cierre para la recepción de trabajos en el primer y segundo semestres son 15 de marzo y 15 de septiembre de cada año, respectivamente.

2. Contenido de la Revista

Cada número contará con las siguientes secciones: a) Doctrina; b) Jurisprudencia (notas a fallo); c) Crónicas; d) Recensiones; f) Cualquier otro ítem que a consideración del cuerpo directivo se estime conveniente incorporar.

3. Lineamientos para los trabajos

El trabajo deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. *Extensión*

Los artículos de doctrina al igual que las notas a fallo no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas.

3.2. *Forma del escrito*

El escrito debe entregarse en impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, escrito de un solo lado y sin enmiendas. Se entregará en Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-Argentina, en tres copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor. Las demás copias,

al igual que un CD a adjuntar a la presentación, deberán consignar el nombre del autor y del archivo. Asimismo, el trabajo deberá enviarse por correo electrónico a facultadrevista@yahoo.com.ar El archivo deberá estar confeccionado en Word para Windows. Durante la COVID-19 los trabajos en dos copias (con y sin referencia al autor) pueden enviarse por mail a las siguientes direcciones: revistaacademica@derecho.unc.edu.ar y facultadrevista@yahoo.com.ar (se ruega cerciorarse de la recepción del envío).

La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, pertenencia institucional, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones).

3.3. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en itálica, salvo que se empleen letras griegas. Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010. Los títulos no llevarán punto.

Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en minúscula y desarrolladas.

Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.

Las llamadas de las notas de pie de página irán con número, en superíndice, sin paréntesis. El punto será el último signo de la frase (después de las comillas, después del número de la llamada de nota de pie de página). Ejemplo: “111. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes (...)”.

Para destacar palabras o textos se usará itálica (no negrita, no subrayado). Los números de las normas no llevarán punto. En cambio, sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.

Los meses deberán escribirse con minúsculas. Las designaciones generales irán en minúscula (ej.: “juez”, “tribunal”, “presidente”), mientras que las designaciones específicas llevan mayúscula inicial (ej.: Tribunal Federal N° 1).

El inciso deberá llevar un paréntesis de cierre luego de su numeración o denominación. Por ej.: inciso 1), inciso a).

Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en itálica.

3.4. Tablas y figuras

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.5. Citas de pie de página

3.5.1. Citas bibliográficas en trabajos jurídicos

Cuando se efectúen citas bibliográficas en notas de pie de página, las mismas irán antes del signo de puntuación y deberán indicar:

-el apellido con mayúscula seguido de coma y el nombre con minúscula salvo la letra inicial seguido de punto, o el apellido e inicial/es del/de los nombre/s del autor con mayúsculas y punto;

-el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;

-el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica, se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta y en el orden indicado los datos de volumen, número, año de edición, página/ páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras mayúsculas el apellido e inicial del nombre o de los nombres del responsable o responsables de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Ejemplos: RUBINSTEIN, Santiago. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22. y pp. 24-28, o RUBINSTEIN, S. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22 y pp. 24-28; LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, N° 34, Madrid, 1999, p. 8; DOUGLAS DURÁN, C. "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en GONZÁLEZ OVIEDO, M. - TIFFER SOTOMAYOR, C. (Coords.) *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-47.

3.5.2. Citas de jurisprudencia

En las citas se consignará: Tribunal, "Autos" (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ej.: TSJ Cba, Sala Laboral, "Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.", abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.

3.5.3. Citas electrónicas

Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

4. Material a presentar con el trabajo

Los trabajos presentados deberán estar acompañados por:

-Nota dirigida a la Dirección de la Revista, solicitando la publicación del trabajo; declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

-Breve "curriculum vitae" (diez renglones como máximo).

5. Corrección de pruebas

La Revista habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

6. Arbitraje

La evaluación se realizará por expertos externos, especializados en las temáticas abordadas en cada trabajo. El arbitraje adopta un sistema de doble ciego. Se enviará el trabajo de forma anónima a un evaluador especialista en el área, quien remitirá a la dirección de la Revista su ponderación. La evaluación será retransmitida al autor, permaneciendo los árbitros anónimos para el autor. Los evaluadores tendrán por misión ponderar la pertinencia del tema para la Revista, su originalidad, el aporte realizado, claridad de expresión, metodología, conclusiones, resultados y bibliografía. Su juicio podrá indicar: -que el trabajo está en condiciones de ser aceptado como está; -que está en condiciones de ser aceptado previa realización de las modificaciones indicadas; -que el trabajo debe ser rechazado.

7. Entrega de la publicación al autor y difusión de la Revista

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición dos ejemplares de la Revista (durante la pandemia de la COVID-19 se imprimirá sólo en formato digital).

La Revista se publica en forma impresa. La Facultad envía ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas argentinas y extranjeras. Se puede acceder a ella de forma gratuita (sólo lectura) a través de sitio Web de la Facultad (www.derecho.unc.edu.ar en la solapa "Publicaciones").

8. Derechos de Autor

La publicación del artículo implica la donación de los derechos de autor a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, conservando el autor su derecho a utilizar el artículo en publicaciones de su autoría o páginas web referidas a su trayectoria. Para el caso de otro tipo de publicaciones, antes de su utilización, deberá obtener autorización de las autoridades.

9. Publicación del artículo

La publicación del artículo dependerá de la evaluación referida bajo el punto 6. Arbitraje. Aceptado el artículo, ingresará en el orden de publicación conforme al espacio disponible en cada número de la Revista.

10. Cuestiones no previstas

Las cuestiones no previstas en el reglamento serán resueltas por la Dirección de la Revista juntamente con el Consejo de Redacción.

EL CASO CAROLINA. MUJER ARGENTINA ATRAPADA EN EGIPTO*

THE CAROLINA CASE, ARGENTINE WOMAN TRAPPED IN EGYPT

*Amalia Uriondo de Martinoli***

Resumen: El artículo procura dar respuesta a la situación de Carolina, casada con un egipcio con quien tiene dos hijas, una nacida en Egipto y otra en Argentina, viviendo el matrimonio alternadamente en ambos países. Los malos tratos a los que la sometía el marido y la imposibilidad de Carolina de solicitar el divorcio en Egipto por cuanto el hombre musulmán es el que goza de ese derecho unilateral e incondicional, conlleva la necesidad de pensar las posibles vías para solucionar la cuestión: a) Foro de necesidad; b) Eficacia extraterritorial del repudio unilateral; c) Principio del reconocimiento; y d) El repudio y el despliegue de la cláusula de orden público internacional.

Palabras-clave: Sistema discriminatorio - Derechos infringidos - Posibles soluciones.

Abstract: The article seeks to respond to the situation of Carolina, who is married to an Egyptian with whom she has two daughters, one born in Egypt and the other in Argentina, living the marriage alternately in both countries. The mistreatments to which her husband subjected her and the impossibility of Carolina requesting a divorce in Egypt because the Muslim is the one who enjoys that unilateral and unconditional right, entails the need to think about possible ways to solve the issue: a) *Forum necessitatis*; b) Extraterritorial efficacy of unilateral repudiation; c) Principle of recognition; and d) The repudiation and deployment of the international public order clause.

Keywords: Discriminatory system - Infringed rights - Possible solutions.

Sumario: I. PRIMERA PARTE. 1. Hechos ocurridos. 2. Sistema de divorcio en Egipto. 3. Entramado convencional. 4. Ordenamiento jurídico argentino: A) Constitución Nacional; B) Código Civil y Comercial de la Nación. II. SEGUNDA PARTE. 1. Hechos ficticios. 2. Derecho a la tutela judicial efectiva. 3. Posibles vías

* Trabajo recibido el 10 de marzo de 2022 y aprobado para su publicación el 26 del mismo mes y año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Secretaria de Ciencia y Técnica, Facultad de Derecho (UNC). Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia. Directora de tesis de Doctorado y de Maestrías. Profesora de Derecho internacional privado en Maestrías y carreras de posgrado en universidades estatales y privadas. Categoría I como docente-investigadora, autora de libros, capítulos y artículos sobre la especialidad.

para solucionar la cuestión familiar y personal de Carolina. A) Foro de necesidad; B) Eficacia extraterritorial del repudio unilateral; C) Principio de reconocimiento; D) El repudio y el despliegue de la cláusula de orden público internacional.

I.- PRIMERA PARTE

1. Hechos ocurridos

La migración global, facilitada por la evolución rápida de las tecnologías de la información y la comunicación, plantea retos para la promoción de la diversidad cultural que, entre otras cuestiones, implica el reconocimiento de instituciones existentes en un país, pero desconocidas en otro, tal como sucede en el presente caso publicado en *Télam* el 8 de septiembre de 2016¹. Trataré, en la medida de lo posible, de relatar los hechos.

Carolina Ester Pavón, argentina, oriunda de Misiones, se casó en 2003 con un ciudadano egipcio llamado Mahmoud, viviendo en Egipto hasta el 2004, año en el que acordaron viajar a la Argentina. Allí nació la primera hija, Marian Bansee, y en el 2005 regresaron a Egipto. La violencia del marido fue soportada por Carolina y en ese ambiente hostil nació la segunda hija, Yuliana.

A partir de 2011, su esposo dejó de trabajar. Gozaba de una situación económica holgada que reservaba cuidadosamente, de manera que era ella quien mantenía a la familia con su empleo en una librería multinacional.

En el año 2013, vuelven a Argentina donde ambos trabajaban. Con sus ingresos, Carolina sostenía el hogar y Mahmoud ahorrraba. La tradición cultural de Egipto que otorga un trato diferente y desigual a hombres y mujeres en la forma de disolver el matrimonio, contrastaba radicalmente con el principio de igualdad y no discriminación de los integrantes del matrimonio imperante en la legislación argentina (CCCN, art. 402). Esta diferencia, comenzó a afectar al marido al perder el poder que ejercía sobre ella en su país de origen. De modo que resolvió retornar a su tierra, con la esperanza que la familia lo siguiera al finalizar el ciclo escolar de las niñas.

Pero Carolina no quiso regresar. Recibió amenazas primero, ruegos después, a lo que se sumaba la tristeza de las hijas que extrañaban todo lo que habían dejado al venir. Las promesas de Mahmoud dirigidas a ofrecer una vida diferente y la reflexión de la hija mayor respecto a que Argentina era un paraíso para la madre, pero un infierno para ellas, apoyaron la decisión de Carolina de trasladarse a Egipto en julio de 2015. La violencia no tardó en reaparecer, por lo que su vida se tornó insostenible, provocándole una crisis extrema.

(1) Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/201609/162177-mujer-argentina-atrapada-egipto.php>

Se fue del hogar sola, ya que las hijas no quisieron seguirla, se refugió en la casa de una familia amiga, y comenzó los trámites de divorcio que Mahmoud no quiere otorgar. Al contrario, logró una restricción de salida del país y la orden a su mujer de unirse al grupo familiar. Tal situación le impide trabajar, y por lo tanto, mantenerse, lo cual también incide en la pérdida de contacto con sus hijas.

2. Sistema de divorcio en Egipto

Deseo aclarar que no realizaré en estas páginas un estudio exhaustivo de la figura del divorcio islámico, sino que me limitaré a reseñar sus aspectos esenciales. La Constitución de la República Árabe de Egipto de 2014, dispone en el segundo artículo de la Parte I, que el Islam es la religión del Estado y que los principios de la Sharia islámica son la principal fuente de legislación, puesto que sus principios y normas son dictados mediante la inspiración divina. Las fuentes de la Sharia o Derecho islámico son el Corán (libro sagrado que contiene el mensaje divino), la Sunna (conjunto de relatos acerca de comentarios y comportamientos del Profeta Mahoma) y el fik (jurisprudencia generada a partir de las otras dos fuentes)². La principal función del derecho islámico de familia es regular las relaciones matrimoniales, conforme a las leyes del Corán y al Sunna en un estado islámico³.

Señala Human Rights Watch, en un informe publicado el 28 de noviembre de 2004, que los hombres egipcios musulmanes tienen un derecho unilateral e incondicional al divorcio, sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales. Este derecho se conoce como *talak*, y lo único que el hombre debe hacer es repudiar a su esposa diciéndole “estás divorciada”, tres veces, configurándose así un divorcio irrevocable (*ba’in*) que debe ser inscripto ante el registrador competente dentro de los 30 días, sin que sea requisito obligatorio la concurrencia de justa causa, ni tampoco el consentimiento de la mujer contrayente. La labor oficial de un notario islámico, consiste solamente en realizar los contratos de matrimonio y los documentos de divorcio⁴. Los notarios son funcionarios públicos del Estado.

El *talaq* o repudio oral, se remonta al nacimiento del Islam, es una práctica indiscutible desde los tiempos de Mahoma en el siglo VII d.C. La disolución del matrimonio, se puede dar también por el repudio pronunciado por el marido a petición de la mujer. El sistema de divorcio tal como está establecido en la ley islámica (*Sharia*), otorga un trato diferente y desigual a hombres y mujeres. El uso del *talak* deja a la mujer a expensas del esposo.

(2) VÁZQUEZ- GÓMEZ, Rebeca. “Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo”, *Ius Caonicum*, Universidad de Navarra, 20/12/2017.

(3) KHALED, Abdel – AZIZ, Osman. Tesis doctoral: Un estudio descriptivo de la Ley egipcia de Estatuto Personal número 100 de 1985, un enfoque traductológico, Segunda parte, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona (España), 2003, p. 5.

(4) Reglamento de los notarios islámicos (art. 18), en KHALED, Abdel – AZIZ, Osman, cit.

Por muy extraño que parezca, en El Cairo, la ingeniera egipcia Abul Naser recibió tres mensajes del móvil de su marido informándole de que se divorciaba (talak) por no contestar a sus llamadas. La mujer ha recurrido a un tribunal de familia para averiguar cuál es el estado legal de su matrimonio después del SMS en el que su marido escribió “Te divorcio porque no has contestado a tu esposo”.

Cabe preguntar ¿Es aún una mujer casada? ¿El divorcio tecleado por su marido tiene validez legal? Los jueces no se ponen de acuerdo. Para unos, al menos una de las tres peticiones de divorcio debe hacerse ante un tribunal; para otros, basta con que haya testigos e incluso es válido si se hace por carta. En otros Estados, como Dubai, Malasia y Singapur, ya se han producido precedentes similares y los jueces islámicos han cerrado el debate prohibiendo el divorcio por medios electrónicos, incluyendo tanto el SMS como el fax o el e-mail⁵.

Las mujeres que quieren divorciarse en Egipto, tienen dos opciones: el divorcio causal y el no causal. Cuatro causales de divorcio basadas en la culpa son aceptadas por las cortes egipcias: a) enfermedad, incluyendo enfermedades mentales, venéreas e impotencia; b) falta de provisión para el sostenimiento o falta de apoyo financiero; c) ausencia o prisión, y d) “daño” (*darar*), que puede ser físico y/o mental. Para poder iniciar un divorcio causal, por el que pueden obtener plenos derechos económicos, una mujer tiene que demostrar el daño infligido por su esposo en el transcurso del matrimonio. La carga de la prueba del daño la soportan los hombros femeninos.

A diferencia de los hombres, las mujeres solo pueden divorciarse mediante la intervención de una Corte (*tatliq*). Hasta el maltrato físico, tiene que respaldarse con frecuencia mediante testimonios de testigos presenciales. De acuerdo con la jurisprudencia egipcia, referida por el estudio de *Human Rights Watch*, el testimonio de una mujer vale la mitad que el de un hombre. En consecuencia, una mujer maltratada necesitaría testimonios ya sea de dos hombres, cuatro mujeres, o un hombre y dos mujeres.

Desde la ley núm. 1 de 29 de enero de 2000, las mujeres egipcias cuentan con la opción de solicitar el divorcio mediante la resolución unilateral de su contrato de matrimonio (*khula*) sobre la base de “incompatibilidad”, sin tener que proporcionar evidencias de daño. Pero para su procedencia, las mujeres tienen que renunciar a sus derechos económicos y devolver la dote que les entregaron sus maridos al casarse. En el divorcio “sin culpa”, adoptado con el fin de acelerar el proceso, se sigue exigiendo a las mujeres que pidan a un tribunal la terminación de sus matrimonios. De proceder el divorcio por *khul`*, los hombres no tienen derecho a la apelación⁶.

(5) LOZANO, Eduardo. “Un egipcio intenta divorciarse de su mujer por SMS (advertencia: no lo pruebes en casa”, diario *El País* 14 de enero de 2008.

(6) Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 45º período de sesiones 18 de enero a 5 de febrero de 2010 (párr. 49).

Las mujeres que quieren divorciarse, tienen que someterse obligatoriamente a la mediación. Si una mujer deja a su marido sin su consentimiento, éste puede presentar cargos de acuerdo con las “leyes de obediencia” egipcias, lo que puede resultar en la pérdida de la pensión alimenticia cuando se divorcie. Un claro ejemplo de la desigualdad de trato en la disolución del matrimonio lo constituye la declaración del Juez Ayman Amin Shash formulada en julio de 2004:

La cuestión de la procedencia del divorcio debe estar en manos de la parte más sabia, y ese es el hombre. Los hombres son sabios y por eso no tienen que ir a los tribunales. La ley Islámica podría considerar excepcionalmente a una mujer sabia, pero no se puede generalizar una excepción⁷.

3. Entramado convencional

Argentina y Egipto, se encuentran vinculados por tratados internacionales que inciden directamente en la cuestión personal y familiar de Carolina.

a) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948

El documento ha sido firmado por un gran número de gobiernos representando diferentes culturas, áreas geográficas y sistemas políticos. Su Preámbulo señala que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; y “[...] que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en la igualdad de derecho de hombres y mujeres”, ya que todos son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección legal contra toda discriminación que infrinja la Declaración.

Retener por la fuerza a Carolina en un país que no es el suyo, es una situación que atenta contra el elemental derecho del ser humano reconocido en el artículo 13. 1. “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. En su parte final, el instrumento internacional manifiesta que nadie (Estado, grupo o una persona) puede “emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” (art. 30).

(7) ANAYA HUERTAS, Alejandro. “Divorcio por hedor conyugal”, Juego de la Suprema Corte, *Nexos*, 7/05/2013.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966⁸

El PIDCP desarrolla los derechos civiles y políticos y las libertades recogidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde el comienzo del articulado, los Estados Partes asumieron el compromiso de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el tratado, “sin distinción alguna de raza, color, *sexo*, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art.2.1 énfasis añadido). Esto implica que deben abstenerse de violar estos derechos (respetar), pero también adoptar medidas positivas para que los derechos sean efectivos (garantizar). En el momento de la ratificación, Egipto formuló la siguiente Declaración: “(...) Teniendo en cuenta las disposiciones de la Sharia islámica y el hecho de que no entran en conflicto con el texto anexo al instrumento, lo aceptamos, apoyamos y ratificamos”⁹.

c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979¹⁰

Varios de los países que han ratificado la Convención, lo han hecho formulando declaraciones o reservas que excluyen o restringen su aplicación en su territorio¹¹. La delegación de Egipto interpuso reservas a las siguientes disposiciones: párrafo 2 del artículo 9, relativo a la concesión a la mujer de los mismos derechos que el hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos (el 4 de enero de 2008 dicho país notificó al Secretario General que había decidido retirar la reserva); artículo 16, concerniente a la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los asuntos relativos al matrimonio y a las relaciones familiares durante el matrimonio y con motivo de su disolución; reserva general con respecto al artículo 2¹². Al respecto, Egipto manifestó que está dispuesto a dar cumplimiento a lo establecido en dichas normas (arts. 2 y 16), siempre que ello no sea contrario a la Sharia islámica. Cabe mencionar también la reserva al párrafo 2 del artículo 29, que se refiere al derecho de un Estado signatario de la Convención a declarar que no se considera obligado por el aparta-

(8) Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Ratificado por Egipto el 14 de enero de 1982.

(9) Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, Declaraciones y reservas.

(10) Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27. Ratificada por Egipto el 18 de septiembre de 1981.

(11) El artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 permite a los Estados formular una reserva en el momento de ratificar un tratado o adherirse a él.

(12) Artículo 2: los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, cuyas obligaciones son descritas en los siete incisos del precepto.

do 1 de ese artículo, que estipula que se someterá a arbitraje toda controversia que pueda surgir entre Estados sobre la interpretación o aplicación de la Convención.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, insta a Egipto a que examine y retire las reservas a los artículos 2 y 16, que son incompatibles con el objeto y el propósito del tratado¹³. Las prácticas tradicionales, religiosas o culturales no justifican la violación de la Convención. El Comité ha observado que “Los Estados Partes deben desalentar decididamente toda noción de desigualdad entre la mujer y el hombre que sea afirmada por las leyes, por el derecho religioso o privado o por el derecho consuetudinario, y avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas, en particular al artículo 16”¹⁴.

*d) Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989*¹⁵

Impedir que Carolina vea a sus hijas por querer divorciarse del marido, violenta los derechos de las niñas y los derechos de la madre. Se pueden citar como ejemplo estas disposiciones convencionales: artículo 8, respetar el derecho del niño a preservar las relaciones familiares; artículo 9.3, respetar el derecho del niño que esté separado de uno de los padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior; artículo 10. 2, cuando los padres residan en Estados diferentes, el niño tendrá derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos. Se respetará el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio y de entrar a su propio país.

*e) Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, Paris, 20 de octubre de 2005*¹⁶

La Convención reconoce los derechos de las partes a tomar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, e impone obligaciones tanto a nivel nacional e internacional para los Estados firmantes. Se ha considerado que la diversidad cultural, constituye una característica esencial de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos, ya que esa diversidad nutre las capacidades y los valores humanos, y es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional. También destaca la importancia

(13) Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 45º período de sesiones 18 de enero a 5 de febrero de 2010 (párr. 14).

(14) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general n° 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 4 de febrero de 1994, párrs. 41 y 44.

(15) Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 (1). Ratificada por Egipto el 6 de julio de 1990.

(16) Ratificada por Argentina el 7 de mayo de 2008 y por Egipto el 23 de agosto de 2007.

de la cultura para la cohesión social en general y, en particular, las posibilidades que encierra para la mejora de la condición de la mujer y su papel en la sociedad (Considerandos). El artículo 2, enuncia los principios rectores, entre ellos, señala el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. De igual forma, define la “interculturalidad” como la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.

4. Ordenamiento jurídico argentino

A. *Constitución Nacional*

Desde la reforma de 1994, la Constitución dispone que los instrumentos sobre derechos humanos que se encuentran nominados en el artículo 75, inc. 22 -entre ellos la mayoría de los mencionados con anterioridad: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención sobre los Derechos del Niño- tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) contribuye a aclarar su contenido al entender que la expresión significa “tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional” (7/04/1995 “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”). Va de suyo, que ello importa tener en cuenta el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con el alcance de la obligación internacional derivada de las eventuales reservas y declaraciones interpretativas a las que el Estado se hubiere acogido. En particular, se considerará su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (*v.gr.* competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes del Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969).

El citado inciso establece, además, que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Se introduce así una directriz interpretativa de nivel constitucional, en orden a alcanzar la armonización de las fuentes jurídicas mencionadas, sin que sea posible la contradicción de los tratados con las normas contenidas en el capítulo titulado “Declaraciones, Derechos y Garantías” (arts. 1 a 35). La CSJN ha tenido oportunidad de interpretar la norma, al expresar que su simple inclusión en el texto indica que “[...] los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. Que de ello se des-

prende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente”¹⁷.

Los fundamentos fueron ratificados por la CSJN en la causa “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, en donde se subraya que: “En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir [...]”¹⁸. Seguidamente, el mismo artículo 75, inciso 22, establece que los “tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, por ende, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 tiene categoría infraconstitucional pero supralegal.

B. Código Civil y Comercial de la Nación

El derecho internacional de los derechos humanos, progresivamente ha ido cobrando una creciente relevancia en el ámbito interno de cada uno de los Estados que han suscrito y ratificado instrumentos internacionales referidos al tema, cuya finalidad es asegurar la máxima protección de ciertos derechos elementales de las personas.

La nueva legislación argentina (comenzó a regir en agosto de 2015) incorpora una serie de reglas relativas a la interpretación y orden de aplicación de las normas según su origen internacional o nacional. Por consiguiente, el Título Preliminar, Capítulo 1. Derecho, del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) comienza con una referencia expresa a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. En tal sentido, señala que los casos civiles y comerciales deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables (propio CCCN y las leyes complementarias) en consonancia con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales -tanto los elevados a la categoría constitucional como los de jerarquía originaria-, y los que carezcan de tal valoración normativa pero que hayan sido ratificados por el país, “ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado”¹⁹.

Las fuentes del derecho, se complementan con el segundo artículo relativo a la interpretación. El tema reviste particular interés porque: “En primer lugar, la labor

(17) CSJN, 26/12/1996 “Analía M. Monges vs. Universidad de Buenos Aires”, considerandos 20 y 21.

(18) CSJN, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Estado y Servicios Públicos s/Reajustes por movilidad”, considerando 13.

(19) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 8.

del intérprete se dirige a descubrir o develar el sentido inmanente en la norma; en segundo lugar, como por lo general una norma evoca varios sentidos, selecciona o fija el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; y en tercer lugar, si el sentido o sentidos de la norma no se adecuan a la nueva realidad social, el intérprete atribuye a la norma el significado que lo actualiza²⁰. En esta materia, el CCCN adopta reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico -que siempre debe estar en armonía con los tratados de derechos humanos-²¹.

II. SEGUNDA PARTE

1. Hechos ficticios

Vamos a suponer que Carolina logra la ayuda de la Embajada argentina y regresa a nuestro país. Su huida suscita el enojo de Mahmoud, quien decide formular el repudio estando lejos de su pareja, esto es, sin dirigir las palabras *talak* cara a cara, configurándose así un divorcio irrevocable que debe ser inscripto ante el registrador competente en un plazo de treinta días a contar desde la fecha en que sucedió el hecho. Como Carolina no presenció la inscripción correspondiente, el registrador competente deberá remitirle una copia de su certificación a ella o a la persona que la represente, conforme a los procedimientos que establece el Ministro de Justicia²². Ha llegado, entonces, el momento de plantear y formular la pregunta: ¿Será posible solicitar a las autoridades argentinas el reconocimiento del repudio formulado al amparo del derecho extranjero? En otras palabras ¿Qué eficacia civil tiene la disolución matrimonial mediante el *talak* en el derecho del Estado argentino?

Para responder al interrogante, es preciso concretar la extensión del concepto “divorcio” con la finalidad de saber si éste cubre la institución legal de repudio. Es decir, se trata de verificar si en el derecho extranjero, el repudio es susceptible de producir consecuencias similares a las solicitudes para terminar el vínculo matrimonial entabladas ante el juez del foro.

La expresión “disolución del matrimonio” del art 2621 del CCCN, tiene como objetivo material regular todos los modos jurídicos para disolver la unión, con independencia del nombre que reciba la institución de que se trate. En consecuencia,

(20) TORRES VÁZQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*, segunda edición, Ed Temis, Bogotá, Colombia, 2001, p. 516.

(21) HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Directores), cit., pp. 5-16.

(22) Ley egipcia de Estatuto Personal número 100 del año 1985 (artículo primero. 5 bis). El tema predominante en este artículo es el registro del divorcio para proteger a la mujer divorciada de los abusos del hombre cfr. KHALED, ABDEL - AZIZ, Osman. Segunda Parte, Análisis y traducción de la última y vigente ley egipcia de Estatuto Personal número 100 del año 1985, p. 15.

el término “disolución del matrimonio”, propio del CCCN, se amplía para abarcar otras formas que cumplan con esa finalidad, como sucede con el repudio, que da lugar a la ruptura inmediata del vínculo y es irrevocable.

Conforme al citado artículo 2621 del CCCN, los jueces argentinos serán competentes siempre que se encuentre localizado en el país el último domicilio conyugal efectivo o el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado. Son foros que presentan una vinculación suficiente con el territorio del Estado y que actúan de forma concurrente, sin prohibir toda actuación judicial extranjera. De los hechos reseñados, se desprende que la jurisdicción internacional corresponde a los tribunales de Egipto, porque allí se ubican tanto el último lugar de convivencia efectiva e indiscutida de los cónyuges²³, como el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado (art. 2613 del CCCN)²⁴.

La dificultad que significa para Carolina entablar la demanda en Egipto se agrava, ante la imprevisibilidad de la decisión del juez extranjero sobre su propia jurisdicción internacional. La garantía constitucional de la defensa en juicio supone, en lo esencial, la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia. El eventual resultado negativo de la resolución egipcia, llevaría a concluir que la actora quedaría privada internacionalmente de justicia si no se abriera para ella un foro nacional.

2. Derecho a la tutela judicial efectiva

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio y puede analizarse a partir de tres momentos distintos: al acceder a la justicia (garantía para el actor y el demandado); durante el desarrollo del proceso; y, finalmente, con motivo de la ejecución de la sentencia²⁵. También se ha afirmado que “El derecho a la jurisdicción no consiste solamente ni se agota con el acceso al órgano judicial. Al acudir a él sólo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que, fundamentalmente, requiere: a) que se cumpla la garantía del *debido proceso*, cuyo meollo radica en el *derecho de defensa*;

(23) Así lo establece el segundo párrafo del artículo 2621: “Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges”.

(24) **Artículo 2613.** “Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia”.

(25) PERRINO, Pablo Esteban. “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo -I, pp. 257-294.

b) que la pretensión se resuelva mediante la *sentencia*, que debe ser: b') *oportuna* en el tiempo; b'') debidamente *fundada*; b''') *justa*²⁶.

El acceso a la jurisdicción supone que se trata del acceso a un proceso que pueda cumplir su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen, pero “no comprende -obviamente- el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello”²⁷. En cuanto a estos requisitos procesales se ha sostenido que el legislador no goza de total libertad para establecerlos “ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta más trascendente”²⁸.

El acceso efectivo a la justicia, es un derecho humano fundamental en sí mismo con amplio reconocimiento constitucional. En efecto, el Preámbulo de la Constitución Nacional argentina proclama de manera enfática entre los fines del gobierno, el de “afianzar la justicia” y, acorde con ello, entre los derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación, el artículo 14 menciona el de peticionar a las autoridades, en tanto el artículo 18 garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos. En esa línea se ha expresado, que los intereses de los particulares y del Estado hallan en el acceso a la justicia un punto de convergencia²⁹. El derecho a un tribunal, si bien se refiere a la jurisdicción directa, su análisis deviene imprescindible a los fines del control jurisdiccional en el reconocimiento de un acto o de una decisión extranjera.

Por su lado, el artículo 20 del mismo texto, equipara a los extranjeros con los ciudadanos en el goce de los derechos civiles en el territorio de la Nación³⁰. Como consecuencia de ello, el CCCN recoge en el artículo 2610 (Igualdad de Trato), el principio de igualdad de tratamiento y de no discriminación entre el nacional y el extranjero, ya consagrado en la normativa internacional sobre derechos humanos. En tal sentido, el citado precepto anticipa que: “Los ciudadanos y los residentes

(26) BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*, T. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 146.

(27) Sentencia de 31 de marzo de 1981 del Tribunal Constitucional de España (S. 9/81).

(28) Sentencia de 7 de noviembre de 1983 del Tribunal Supremo Español (S. 90/83).

(29) ALBORNOZ, María Mercedes. “Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* (Mercosur) Año 5, Nº 9, Paraguay, marzo 2017, p. 174.

(30) Artículo 20. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes.

permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina”.

Cuando en 1994 la Constitución Nacional equiparó a su nivel a ciertos instrumentos sobre Derechos Humanos, sean universales o regionales, el derecho esencial del hombre a la tutela judicial resulta de imprescindible observación. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 “hace un esfuerzo por plasmar, en un total de treinta artículos, los principios y valores considerados como elementales a lo largo de la historia desde distintas concepciones del hombre o del mundo”³¹. El artículo 8 promueve el respeto del derecho humano de recurrir ante los tribunales nacionales competentes para hacer valer sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. Sin perder de vista que el derecho de justicia había sido ya reconocido, en el mes de marzo del mismo año, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³², en virtud del cual la persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que viole ese derecho inalienable (art. 18).

La Declaración Universal no es legalmente obligatoria por sí misma. Sin embargo, ha establecido importantes principios y valores que más tarde fueron contemplados en tratados legalmente obligatorios de la ONU. Las nuevas circunstancias políticas, económicas o sociales han tenido su reflejo en el catálogo de Derechos humanos, incorporándose progresivamente derechos completamente alejados de los reconocidos inicialmente³³. De esta forma, el 16 de diciembre de 1966 se elaboraron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que abordan de forma más amplia los derechos enumerados en aquella y tienen como distintivo su carácter jurídicamente vinculante. El último de ellos, se refiere a la tutela judicial efectiva mediante el compromiso de los Estados Partes de garantizar el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y el cumplimiento de la decisión final (arts. 2, 3, y 14). Ratifican estos principios la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, que incluye el derecho a la igualdad de tratamiento ante los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia y obliga a asegurar recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes (arts. 5 y 6); la Convención sobre la Eliminación de Todas

(31) SOLANES CORELLA, Ángeles. “Inmigración y derechos humanos”, disponible en: <http://www.fundacioncajamar.es/mediterraneo/revista/me0107.pdf>

(32) Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

(33) ARENAS GARCÍA, Rafael, en el artículo “El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, considera que últimamente, se ha venido reivindicando un Derecho fundamental al acceso a Internet, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz*, (coord. por Francisco Javier Quel López y Juan José Álvarez Rubio), 2008, p. 75.

las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, dispone establecer a su favor, sobre una base de igualdad con los del hombre, la protección de sus derechos por conducto de los tribunales nacionales competentes (art. 2 c), y a dispensarle un trato igual en todas las etapas del procedimiento judicial (art. 15.2); y la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 también registra normas de análogo alcance, al garantizarle ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. (art. 12.2).

A nivel regional, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969³⁴, en el artículo 8.1 -garantías judiciales- previene a los Estados Parte que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En tanto que el artículo 25 -Protección judicial- determina que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Antônio Cançado Trindade, (ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) señaló que este derecho tiene un origen latinoamericano que es poco conocido. Su consagración original se encuentra en la Declaración Americana de Derechos Humanos de abril de 1948 (artículo XVIII), luego de lo cual fue adoptado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948 (artículo 8) y, a partir de ello, incluido en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 13), el PIDCP (artículo 2.3), y en la Convención Americana³⁵.

Mediante el artículo 25 del último convenio, los Estados Parte se comprometen a: i) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; ii) desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y iii) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

(34) En noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, se llevó a cabo la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación.

(35) IBAÑEZ RIVAS, Juana María. “Artículo 25 Protección judicial”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Coordinadores Christian Steiner y Patricia Uribe, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2014, p. 609.

El alcance de estas disposiciones, ha sido materia de frecuentes pronunciamientos por parte de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH y Corte IDH) lo que ha permitido constatar la existencia del denominado control de convencionalidad. En palabras de la propia Corte IDH “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. [...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁶. Posteriormente, en el Caso *Gelman vs. Uruguay*, se fue ampliando los alcances de los sujetos obligados a realizar dicho control, al sostener que es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales³⁷.

A su turno, la Comisión IDH ha indicado que: “El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”³⁸.

En el caso *Cantos vs. Argentina*, la Corte IDH sostuvo que el artículo 8.1 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De la disposición “se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”. Al analizar el artículo 25, la Corte IDH ha anunciado, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Conven-

(36) Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

(37) Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2001, (Fondo y Reparaciones), párr 239.

(38) Comisión IDH, informe N° 105/99, Caso 10.194, *Narciso Palacios Argentina* 29 de septiembre de 1999, párr. 57.

ción Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”³⁹.

El mismo Tribunal recuerda en “Fornerón e hija v. Argentina” de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)⁴⁰ que: “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En ese sentido, la Corte ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso” (párr. 66).

No podemos dejar de mencionar que, en septiembre de 2015, en Nueva York, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de metas globales para acabar con la pobreza, proteger el planeta y garantizar la prosperidad para todos. Los aspectos centrales de esa agenda mundial son los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y que vienen a suceder a los anteriores Objetivos de Desarrollo del Milenio. El organismo por detrás de la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible es la ONU, cuyo ideal es mejorar la vida de todos los individuos. Cada uno de los objetivos tiene metas específicas que deben alcanzarse en los próximos 9 años. Bajo el título “Paz, justicia e instituciones sólidas”, el objetivo 16 quiere promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Asimismo, promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y asegurar para todos la igualdad de acceso a la justicia y “crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”⁴¹.

Hechas estas aclaraciones, examinaremos las posibles vías susceptibles de solucionar la cuestión personal y familiar de Carolina.

(39) Corte IDH, caso Cantos vs. Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 50 y 52. Se trata de la responsabilidad internacional del Estado por la denegación de justicia de José María Cantos por parte de las autoridades argentinas, quienes se abstuvieron de reparar de manera efectiva los graves perjuicios que le fueran ocasionados por agentes del Estado. Se alega la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial del Sr. Cantos, amparados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(40) La niña fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña y el Estado no ha ordenado ni implementado un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el denunciante a lo largo de más de diez años.

(41) *Tiempo de Paz. Desafíos de la Agenda 2030. Objetivos de desarrollo sostenible*, Nº132, Primavera, 2019.

A. Foro de necesidad

Frente a la imposibilidad de la persona de recurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, se ha dicho: “[...] que dichas circunstancias conlleven a analizar la cuestión con amplitud de criterio, propiciando en su caso, una interpretación que amplíe en la medida de lo posible, la competencia internacional de la justicia argentina para así evitar el indeseable riesgo de una denegación o privación de justicia frente a un eventual conflicto negativo jurisdiccional que pudiera suscitarse”⁴². Si existen elementos que vinculen el tema con nuestro país, se debe preconizar una interpretación extensa del concepto, pudiendo los jueces argentinos asumir jurisdicción internacional en virtud del foro de necesidad, máxime cuando el cierre del asunto traiga como consecuencia una efectiva denegación internacional de justicia⁴³.

Con la entrada en vigencia del CCCN, el foro de necesidad fue contemplado en el artículo 2602 que expresa: “Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la

(42) CNCiv., sala K, 26/04/06, “Talevi, Diego s. sucesión”, fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 04/05/07.

(43) Jurisprudencia referente del foro de necesidad: i) Previo a la entrada en vigencia del CCCN, se peticiona el divorcio vincular por la causal de injurias graves (art. 202 inc. 4 Código Civil de Vélez Sarsfield) ante el Juzgado de Familia N° 2 del Departamento judicial de San Isidro el 19 de agosto de 2015. Al tomar en cuenta que el último domicilio conyugal y el último domicilio del demandado (art. 227 CCiv.) se ubican en EEUU, se plantea la cuestión del foro de necesidad frente a la imposibilidad de la actora de recurrir a tribunales que se hallan a miles de km que, además, le implicaría incurrir en costos muy altos, lo que produciría su desamparo jurisdiccional (Flores Córdoba, “Foro de necesidad un fallo valioso”, *Maestros del Derecho Moderno, Revista Jurídica*, 24/07/2015); ii) El Tribunal Superior de Neuquén, fundándose en la doctrina sentada por la CNCiv., sala K, el 26/04/2006 en la causa “Talevi Diego s/ sucesión”, sostuvo que “en primer lugar, es necesario resaltar que la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho (cfr. CSJN 25/03/1960, “Cavura de Vlasov. E. v. Vlasov, A. s/divorcio y separación de bienes”). A partir de ello, se dijo: “[...] que dichas circunstancias conlleven a analizar la cuestión con amplitud de criterio, propiciando en su caso, una interpretación que amplíe en la medida de lo posible, la competencia internacional de la justicia argentina para así evitar el indeseable riesgo de una denegación o privación de justicia frente a un eventual conflicto negativo jurisdiccional que pudiera suscitarse (TSJ Neuquén 22/06/2009, ED 23/4/2010); iii) La CNCom., sala C, en la causa planteada por el actor Pérez Morales, Gonzalo Martín c. Booking.com Argentina S.R.L., destaca el 10/08/17, la particularidad propia de la internacionalidad de las operaciones realizadas en Internet. De ese modo, pone de manifiesto la dificultad y casi imposibilidad de localizar el domicilio del demandado -un sitio de internet dedicado a la reserva de hoteles en el mundo-. A su vez, señala que existen elementos que vinculan el caso a nuestro país (domicilio de la excepcionante Booking.com Argentina S.R.L fijado en Av. L. Alem 928, piso 7º, of. 721, CABA.), lo que llevan al tribunal a predicar una interpretación amplia del concepto, por el que los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad, máxime cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia (CCCN, art. 2602). Fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 24/07/18).

situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”.

La disposición sostiene que esta facultad es excepcional, y fija determinados recaudos para poder hacer uso del instituto:

- a) Su empleo debe estar destinado a “evitar la denegación de justicia”.
- b) Debe tratarse de situaciones privadas internacionales que presenten contactos suficientes con el país. Es decir, es preciso asegurar la proximidad del caso con el foro y que su empleo no comporte, en ninguna circunstancia, que se haya ejercido una jurisdicción exorbitante, arbitraria, abusiva, artificial o fraudulenta⁴⁴. Es preciso tener presente que Carolina regresó a nuestro país y fijó aquí su residencia con ánimo de constituir domicilio (cfr. CCCN, art. 2613).
- c) Que en todos los casos que se recurra al foro de necesidad, no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, lo que daría lugar a la posible denegación de justicia. La intención clara y terminante del marido musulmán de repudiar a su mujer en ausencia de ésta, obstaculizaría la iniciación de las acciones de divorcio en Egipto por parte de Carolina.
- d) Que se garantice el derecho de defensa en juicio del esposo (Mahmoud). De otra forma, caería sobre esta parte la imposibilidad de acceder a la tutela judicial apropiada. El justo equilibrio entre ambos contrincantes, constituye un desafío permanente para cualquier juez, más aún en casos internacionales⁴⁵.

Respecto al cumplimiento de este requisito, cabe apuntar que entre Argentina (02/02/2001) y Egipto (12/12/1968) rige el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial⁴⁶. El Convenio prevé una vía de remisión principal y varias vías de remisión alternativas (la consular o diplomática directa y la postal). En virtud del medio de remisión principal, la autoridad o el funcionario ministerial o judicial competente de acuerdo a la ley del Estado requirente (Estado donde emana el documento a notificarse) remite el documento que se va a notificar a la Autoridad Central del Estado requerido (Estado en donde se llevará a cabo la notificación). Cada Estado contratante designará una Autoridad Central con arreglo al artículo 2, que asuma la función de recibir las peticiones de notificación o traslado procedentes de otro Estado contratante y darles curso ulterior⁴⁷.

(44) SCBA, 13/06/2007, “Behrens, Germán o Hermann Friedrich s/suc. *ab intestato*”, fallo publicado por Julio César Córdoba en DIPr. Argentina el 8/08/07.

(45) Interpretación del artículo 2602, Código Civil y Comercial argentino comentado, Univer-sojus.com.

(46) Número de Partes contratantes del Convenio: 79, última actualización: 17-VI-2021.

(47) Autoridades Centrales de Argentina, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; de Egipto, el Ministerio de Justicia.

La petición plasmada conforme al formulario modelo anexo al Convenio no requiere legalización alguna, ni más formalidades que adjuntar el documento judicial o su copia por duplicado. La Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del convenio, recuerda que una de sus finalidades fundamentales es garantizar que los documentos judiciales y extrajudiciales sean puestos en conocimiento del destinatario en tiempo oportuno. Asimismo, señala que el espíritu y la letra del texto convencional no constituyen obstáculo alguno a la utilización de las tecnologías modernas y que su aplicación y funcionamiento pueden mejorarse aún más mediante su uso⁴⁸.

Finalmente, el artículo 2602 exige que:

- e) debe atenderse a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz, por cuanto de nada servirá acceder a la justicia desde un plano meramente formal sin poder materializar los derechos reconocidos.

Si bien en el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield, el foro de necesidad dependía únicamente de la valoración judicial, como sucedió con la sentencia de la CSJN dictada el 25/03/1960 en la causa “Cavura de Vlasov, E. v. Vlasov, A. s/ divorcio y separación de bienes”, su incorporación al CCCN genera una mayor posibilidad de accesibilidad a este foro excepcional, ante situaciones que presenten parecidas características a las descriptas en el caso de Carolina.

La necesidad a que hace referencia la norma vigente (art. 2602), tiene que ver con que no puede dejarse al actor en estado de indefensión, sin posibilidad de acceder a la justicia para petitionar un derecho que considere justo. La garantía constitucional del debido proceso, es agredida por esa privación de justicia que se produce frente a la imposibilidad de que el justiciable tenga acceso a ella, por escollos que no le son imputables y que no puede superar. El foro de necesidad, no sólo puede servir para crear lisa y llanamente un foro de jurisdicción, sino también para interpretar un foro existente de la forma que más ayude a evitar la denegación de justicia⁴⁹.

Ante el repudio unilateral del marido egipcio, una interpretación demasiado rígida del derecho fundamental a la igualdad obligaría a Carolina, que es la discriminada y quien requiere la protección, a emprender una acción de divorcio ante un juez argentino, lo que implicaría inversión de tiempo y dinero; mientras que su esposo puede rehacer su vida en su país de origen donde el repudio es válido, lo que indirectamente la mantiene en una situación de discriminación⁵⁰. Además,

(48) Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Apostilla, Obtención de Pruebas, Notificación y Acceso a la Justicia (2 a 12 de febrero de 2009), párrs. 6 y 3, respectivamente.

(49) Código Civil y Comercial argentino comentado, UniversoJus.com

(50) QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana. “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico, La multiculturalidad: especial referencia al Islam”, *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. VIII, 2002, pp. 259-342.

consideramos que sería totalmente incierta la respuesta que darían las autoridades egipcias competentes respecto a la decisión argentina.

B) Eficacia extraterritorial del repudio unilateral

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua española (actualización 2021) el verbo repudiar es definido como la acción de “rechazar un hombre a su esposa por cauces legales, de modo que se rompa el matrimonio”. Por ende, el primer punto que plantea otorgar eficacia extraterritorial al repudio unilateral, consiste en precisar la naturaleza jurídica del documento extranjero que contiene la manifestación de voluntad del marido de poner fin a la convivencia conyugal. Ello conlleva decidir si los registradores egipcios, cuando inscriben el *talak*, actúan por delegación o bajo el control de un órgano judicial y, en consecuencia, se los puede calificar de tribunales en el sentido del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN). En cuanto al término registrador en Egipto, se aclara que no corresponde al término notario conocido en España o en Argentina, “ya que la figura del registrador existe, únicamente, para inscribir matrimonios y divorcios islámicos”⁵¹. En el supuesto de que el derecho egipcio encuadre a los registradores como órganos jurisdiccionales, el certificado del repudio que expiden puede ser calificado como “resolución judicial”, en caso contrario, será considerado como “documentos públicos”.

El artículo 3 del CCCN legisla lo siguiente: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. El jurista uruguayo Couture nos explica que la sentencia “es al mismo tiempo un acto jurídico procesal y el documento en que él se consigna. Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida”⁵².

En Argentina, el proceso de reconocimiento de decisiones pronunciadas por autoridades competentes extranjeras, parte del presupuesto de que sólo pueden adquirir eficacia en el ordenamiento interno, aquellas resoluciones que emanen de órganos de naturaleza jurídica jurisdiccional o por autoridades públicas que están revestidas de *imperium* en el ordenamiento jurídico de origen⁵³. El sistema se encuentra regulado, por ejemplo, en el artículo 517 del CPCCN y los pertinentes de las codificaciones procesales de las provincias, siempre que no resulte de aplicación

(51) KHALED Abdel - AZIZ Osman. “Un estudio descriptivo de la Ley egipcia de Estatuto Personal número 100 de 1985: un enfoque traductológico”, cit., p. 185.

(52) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3º Ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 277.

(53) PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador. “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilustración de la Revista de Ciencias de las Religiones*, vol. 13 (2008), pp. 183-223.

ningún convenio o tratado internacional, tal y como dispone el primer párrafo de la mencionada disposición del CPCCN.

En efecto, esta normativa ha diseñado un trámite procesal que se caracteriza por el hecho de que el juez estatal debe comprobar, en primer término, si resulta de aplicación al caso concreto un convenio internacional sobre cooperación judicial en materia civil y/o matrimonial. Tan sólo en su defecto, el juez está legitimado para valorar el ajuste al Derecho del Estado de la resolución extranjera con arreglo a las condiciones previstas en las legislaciones procesales correspondientes que son las que constituyen, en suma, el denominado régimen autónomo de *exequatur*⁵⁴. Se posibilita el ejercicio de una acción ante el órgano jurisdiccional a cuya revisión se somete una decisión extranjera a fin de obtener su reconocimiento, es decir, se pretende una declaración sobre su eficacia para equipararla -en cuanto a sus efectos- a una sentencia nacional. El juicio de *exequatur* no implica una revisión del fallo (fondo del asunto) sino se trata del contralor de ciertas condiciones de tipo formal, procesal y sustancial contenidas en la normativa específica de origen (convencional o interna), para que merezca el reconocimiento y, en su caso, la ejecución.

En el mes de setiembre de 2008, se sancionó la ley 26413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (Deroga el Decreto Ley 8204/63) que establece la obligación de inscribir todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La ley prescribe que las inscripciones de documentos de extraña jurisdicción, que se hallaren debidamente legalizados por autoridad competente y traducidos al idioma nacional por traductor público debidamente matriculado, deberán ser asentados en libros especiales que a tal efecto habilite la dirección general, consignando todos los datos que ellos contengan (arts. 74 y 76). Estas inscripciones no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen (art. 75).

Para el registro de sentencias disolutorias de matrimonios decretadas en otros países, será necesario que cumplan las disposiciones legales en vigor, tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca. Este registro deberá ser ordenado por juez competente, previa vista a la dirección general, a quien compete examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite u ordene, cualquiera sea su origen, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos. Se rechazarán los que adolecieren de vicios que pudieran determinar la sanción de nulidad absoluta y manifiesta o se formularán las observaciones que la documentación mereciere, fijándose un plazo para su subsanación, en el lugar de origen (arts. 77 y 83).

(54) ABARCA JUNCO, Ana Paloma. "El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras en España", en *Derecho Internacional Privado*, vol. I (Directora Elisa Pérez Vera), Colex, España, 2004, pp. 411-450.

Conviene recordar que, en Egipto, las modalidades de repudio unilateral son legalizadas mediante un acta notarial. Desde esa mira, las bases o principios esenciales del sistema de Notariado Latino⁵⁵ proclaman que el notario es un profesional de derecho a cargo de una función pública. El Título II, se refiere a los documentos notariales destinados a formalizar actos y negocios de todo tipo, cuya “autenticidad comprende autoría, firmas, fecha y contenido”. Estos documentos gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por vía judicial. Están revestidos de fuerza probatoria y ejecutiva⁵⁶. Por ende, el notario es un órgano de jurisdicción voluntaria, no tiene iniciativa para actuar de oficio, sino que se exige previa rogación del sujeto que requiere su ministerio público. Este es uno de los fundamentales principios notariales que lo diferencian notablemente de los órganos jurisdiccionales⁵⁷.

El acta notarial, en la que consta el repudio que ha sido proclamado al amparo de la normativa islámica egipcia, para ser utilizada fuera del Estado donde se expidió, deberá cumplir formalidades administrativas destinadas a autenticarla. Será necesario que el documento tenga el carácter de auténtico en el país de origen. Si se tratara de un documento notarial, que éste haya sido otorgado por notario, en ejercicio de sus funciones, lo que resulta demostrado, en general, mediante la legalización; y, además, que el documento no contraríe el orden público internacional⁵⁸.

“Todas las disposiciones referentes a los requisitos de admisibilidad de documentos de extraña jurisdicción obedecen al afán de asegurar la autenticidad del documento o sea, de garantizar que procede en realidad de quien en apariencia dimana. La averiguación de la autenticidad de un documento extranjero es mucho más difícil que la de un documento nacional, ya que en un país no se conocen ni es fácil indagar las normas y costumbres que en otro existen con respecto a la expedición de documentos de las autoridades foráneas”⁵⁹. A este efecto, se encarga a funcionarios nacionales, representantes diplomáticos y consulares, la tarea de certificar la autenticidad de los documentos que se expiden en el territorio ante cuyas autoridades están acreditados.

(55) Aprobados por unanimidad por la asamblea de notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, reunida en Roma el 8 de noviembre de 2005.

(56) MARTÍNEZ HELGUERO, María Belén. “El notariado latino en la Argentina y en el mundo (organización nacional e internacional del notariado latino)”, *Revista Notarial* 2008/01 - Nº 89, pp.347 y ss.

(57) MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. *Introducción al Derecho Notarial*, Unión Internacional Profesional de Auxiliares del Notariado (Uipan), septiembre de 2016, p. 27.

(58) GALLINO, Eduardo - PONCE DE FAUSTINELLI, Marcia - CARALLELLI DE ARGAIN, Eda. “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario”, *Revista Notarial* 1993-1 Nro. 65, Colegio de Escribanos de Córdoba, p. 28.

(59) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado- Derecho de la Tolerancia*, décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 873.

Ahora bien, cabe destacar que los funcionarios consulares no podrán autenticar firmas en documentos probatorios de actos contrarios a la legislación argentina (art. 225 del Reglamento Consular Argentino, aprobado por el decreto 8714/63 y sus modificatorios). Es también importante aclarar que el artículo 1 del decreto 1629/01 sustituyó el texto del artículo 229 del Reglamento Consular por el siguiente: “Los documentos extranjeros autenticados en la forma establecida en el presente Reglamento harán fe en territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización ante otra autoridad argentina”. A partir de la reforma del decreto 1629/01, la firma del cónsul argentino habilita por sí sola al documento extranjero y le da validez en el territorio nacional sin que se requiera ningún otro trámite adicional. Se ha eliminado la autenticación de la firma del agente consular interviniente por el Departamento de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, ha sustituido el tradicional requisito de la legalización diplomática o consular del país en el cual el documento ha de ser presentado, para limitar la prueba extrínseca de aquél (autenticidad de la firma, calidad del signatario del documento actuante e identidad del sello o timbre) por la “apostilla” impresa por el funcionario competente del Estado del que dimana el documento (arts. 2 y 3) a petición del signatario o de cualquier portador del documento (art. 5). Esta legalización única, puede venir redactada en el idioma de la autoridad que la expida, pero debe hacerse constar en francés el título “Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961).

La República Argentina ha ratificado la Convención⁶⁰, pero como Egipto hasta la fecha no lo ha hecho, será la legalización consular la que deberá constar en el documento extranjero que contiene el acto del repudio. Tanto la legalización por la embajada o el consulado del Estado donde el documento vaya a ser utilizado como la apostilla, certifican la autenticidad de la firma de la autoridad emisora del documento en cuestión, mediante una comparación con el registro de firmas que obra en la sede del consulado o de la autoridad que coloca la apostilla. Junto a estas formalidades administrativas, es preciso sumar otro trámite, la traducción del documento notarial, lo cual supone más tiempo y costos.

C) Principio de reconocimiento

Un aspecto interesante que se ha venido desarrollando a nivel europeo es el principio del reconocimiento, cuyo impulso se debe a la Comisión de la Unión Europea (Bruselas, 14/12/2010) a través del Libro Verde titulado “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documen-

(60) Aprobada por ley 23458, BO 21/04/87. El convenio entró en vigor el 24-I-1965 y cuenta con 121 partes contratantes según la última actualización: 5-X-2021.

tos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”. La finalidad es lanzar una consulta pública, con objeto de recoger las orientaciones y los puntos de vista de las partes implicadas sobre las pistas contempladas para mejorar la vida de los ciudadanos en materia de circulación de documentos públicos y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito del estado civil. De allí que resulte prioritario, y así se plantea en el Libro Verde, suprimir trámites de legalización y apostilla, así como limitar la traducción de un documento público expedido por otro Estado miembro que representa, asimismo, una pérdida de tiempo y un coste.

Puede tratarse de documentos administrativos, documentos notariales, como títulos de propiedad, certificados de estado civil, como certificados de nacimiento o de matrimonio, contratos de distinto tipo, resoluciones judiciales⁶¹. En el mencionado texto de 2010, la Comisión Europea ha plasmado la diferencia entre el reconocimiento de documentos e inscripciones, por un lado, y el de situaciones jurídicas por el otro.

La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas. Con el propósito de reducir la burocracia y los costes para los ciudadanos que necesitan presentar en un país miembro un documento público expedido en otro país miembro, desde el 16 de febrero de 2019 comenzó a aplicarse el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016. Se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012⁶². De conformidad con las nuevas normas, en muchos casos a los ciudadanos ya no se les pedirá que presenten una traducción jurada u oficial de los documentos. Al mismo tiempo, se prevé salvaguardias sólidas para evitar fraudes.

El Reglamento pone fin a una serie de procedimientos burocráticos, entre ellos cabe mencionar:

- Se suprime la obligatoriedad del sello de autenticidad (la apostilla). Los documentos públicos (por ejemplo, una partida de nacimiento, un acta de matrimonio o una resolución judicial) y sus copias certificadas expedidas por las autoridades de un país de la UE, deben ser aceptados como auténticos por las autoridades de otro país miembro sin necesidad de un sello de autenticidad.
- Se elimina la obligación, que se imponía a los ciudadanos, de facilitar a la vez el original del documento público y una copia certificada.

(61) Comisión Europea- Bruselas, 14.12.2010. COM (2010) 747 final.

(62) Reglamento relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI»)

- A fin de soslayar los requisitos de traducción, los ciudadanos podrán solicitar un impreso estándar multilingüe, disponible en todas las lenguas de la UE, para su presentación como ayuda a la traducción adjunta a los documentos públicos.
- Si las autoridades del país de la UE receptor, exigen una traducción certificada del documento público presentado por el ciudadano, deben aceptar una traducción certificada hecha en cualquier país de la UE⁶³.

Los documentos públicos expedidos por las autoridades de países terceros, no entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento (Considerando 48).

En la trama de Carolina, se podría recurrir al principio de reconocimiento, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica creada en otro Estado y cristalizada en un documento para que despliegue efectos en el foro, sin que éste último identifique y controle el derecho aplicable a dicha situación jurídica. Representa una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, en aquellos supuestos en los cuales no existe motivo que justifique su intervención.

De acuerdo a Matthias Lehmann, la denominada norma de reconocimiento trae consigo varias ventajas en el derecho de la Unión Europea⁶⁴:

Reducción de la burocracia

Una norma general de reconocimiento podría disminuir las formalidades administrativas como la legalización y la apostilla, vinculadas a la presentación de documentos públicos para probar su autenticidad en otro país. También sería posible limitar la traducción de un documento público expedido por otro Estado miembro, lo cual constituye una pérdida de tiempo y un coste.

Evitar relaciones claudicantes

La apertura a otros sistemas jurídicos tiene por finalidad garantizar cierta estabilidad, personal y familiar, a los que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico. De este modo, se favorecerá el reconocimiento extraterritorial de la relación familiar y se evitará la creación de situaciones claudicantes, válidas en

(63) FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Blog de 19 de febrero de 2019, "Comienzan a aplicarse las nuevas normas de la UE que reducirán la burocracia a los ciudadanos que viven o trabajan en otro Estado miembro".

(64) LEHMANN, Matthias. "El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado?", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2016), Vol. 8, Nº 2, pp. 240-257.

Disponible en: www.uc3m.es/cdt - DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3258>

el país que se crean, pero no en el país de reconocimiento⁶⁵. La tendencia moderna en el derecho internacional privado, es evitar tales resultados a través de una norma de reconocimiento. Los beneficiados serían los ciudadanos, sus vidas no serían tan complicadas en el evento de un conflicto entre diferentes leyes y jurisdicciones.

Esta posibilidad, obedece principalmente a la consideración del principio de igualdad jurídica y no discriminación como uno de los pilares del derecho internacional de los derechos humanos y, de esa forma, no se privaría a Carolina de su capacidad nupcial.

Aumento de la seguridad jurídica y de la estabilidad de las relaciones privadas

La norma de reconocimiento contribuiría a elevar el nivel de seguridad jurídica, que es un aspecto de especial importancia dentro de un Estado de derecho, a fin de mejorar la previsibilidad y la fiabilidad. En comparación con el derecho internacional privado, el reconocimiento fomentaría las relaciones privadas, haciéndolas más estables. Evita el uso de factores de conexión que pueden cambiar con el tiempo, tales como la residencia habitual, que se usa con frecuencia en los conflictos de leyes en el ámbito del derecho de familia. El reconocimiento fija la relación con un punto de referencia: el documento o inscripción que registra una situación jurídica en un Estado, por lo que no podría ser cuestionada en el extranjero. La estabilidad y permanencia resultantes evitarían relaciones claudicantes, con repercusiones positivas en la seguridad jurídica.

Gestión de la diversidad

Si se introdujera una obligación general de reconocimiento, el efecto de los documentos y de las inscripciones en registros ya no se limitaría a las fronteras de cada uno de los Estados miembros, sino que tendría efecto extraterritorial; es decir, se extendería por todos los demás países del espacio europeo. La obligación de reconocimiento permite preservar una concepción propia de cada Estado miembro de la UE, normalmente ligada a su historia, su cultura o su sistema jurídico. Ello importa reconocer la "identidad cultural", en lo que se refiere a las relaciones personales y familiares, atendiendo a sus propios ordenamientos de procedencia⁶⁶, por cuanto la convivencia entre culturas ahora tiene mayor intensidad que en épocas precedentes.

(65) URIONDO DE MARTINOLI, Amalia (Directora). *Migración internacional y relaciones familiares. Desafíos normativos en el Derecho internacional privado*, Ediciones Lerner, Córdoba, 2016, p.260.

(66) MULERO GARCÍA, Juan Simón. "Integración social, derecho a la diferencia y relaciones jurídico-privadas internacionales", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº24, publicado el 16/12/2011.

A tal efecto, Matthias Lehmann destaca su utilidad en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones. Dada la diversidad de tradiciones nacionales, considera poco realista un acercamiento de las normas sustantivas en esta materia. Pero si las autoridades de un Estado aceptan los actos públicos de otro Estado sin ser cuestionados en otras partes de la UE, no habría necesidad de más discusión sobre este punto. La UE podría seguir viviendo con su diversidad de normas, aun cuando sus ciudadanos se vuelvan cada vez más móviles. El reconocimiento es una alternativa viable a la armonización. De este modo, se fomenta lo que para Werner Goldschmidt es “lo propio de la justicia del DIPr., la tolerancia hacia lo ajeno y diferente”⁶⁷.

Mejoramiento de la movilidad

La Comisión Europea propone en el Libro Verde reflexionar sobre la supresión de todas las formalidades obsoletas - la legalización y la apostilla- para el conjunto de documentos públicos con objeto de garantizar su libre circulación en la Unión e implantar un marco legislativo europeo, uniforme y moderno, que tenga en cuenta la realidad de las situaciones transfronterizas⁶⁸. En este contexto, Matthias Lehmann subraya las consecuencias negativas y potencialmente desastrosas que las relaciones claudicantes tendrían sobre la seguridad jurídica. Por lo tanto, estima que no es del todo inverosímil que la Comisión sostenga que un principio general de reconocimiento daría lugar a una libertad de movimiento más amplia dentro de la UE y permitiría que los ciudadanos europeos ejercieran ese derecho plenamente. Además, añade que, mientras los documentos oficiales de un país aún necesiten un sello especial para que tengan efecto en otro, difícilmente se alcanzará “el espacio de libertad, seguridad y justicia” que la UE se esfuerza por conseguir.

Evitar el complejo método del derecho internacional privado

El reconocimiento de actos jurídicos por parte de otros Estados miembros, resolvería el problema que a muchos ciudadanos plantea el razonamiento del derecho internacional privado, pues se ha argumentado que “es complicado, requiere mucho tiempo y recursos y puede resultar frecuentemente impredecible”. El principio general de reconocimiento, facilitaría la resolución de litigios porque hace innecesaria la aplicación de normas de conflicto de leyes y de normas sustantivas extranjeras.

(67) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, décima edición, cit., p. XXV.

(68) Comisión Europea- Bruselas, 14.12.2010. COM (2010) 747 final, p. 9.

Aumento de la armonía internacional de soluciones judiciales

Aunque la aplicación de una norma general de reconocimiento supondría apartarse del clásico método de la elección de la ley, “serviría paradójicamente para avanzar hacia la consecución de su objetivo, que es la armonía internacional de soluciones judiciales”. Al obligar a los Estados a aceptar la decisión tomada por las autoridades de otro, la norma de reconocimiento evitaría juicios y valoraciones divergentes en Estados diferentes.

Lucha contra la discriminación

Ciertos sistemas legales aplican diferentes reglas de derecho internacional privado a las relaciones entre personas homosexuales y heterosexuales. Cada Estado miembro de la UE aplica en la materia sus propias normas, que son muy distintas de un Estado a otro. Como modelo se nombra a Alemania, que somete la validez y los efectos de una relación entre personas del mismo sexo al país en el que esta relación está registrada, mientras que a los matrimonios entre hombres y mujeres se aplican normas de conflicto de leyes mucho más diversas. Una norma general de reconocimiento podría servir para superar tales diferencias y acabar con la discriminación, pues el reconocimiento se aplicaría de manera igual tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales.

El autor que seguimos en el tema, advierte que la norma general no puede sustituir la elección de la ley aplicable, y que la mejor solución es combinar normas de conflicto y de reconocimiento. Así sostiene que una manera más eficiente de lograr resultados predecibles sería la imposición de una condición previa para el reconocimiento, como la exigencia de un vínculo suficiente entre la situación jurídica documentada y el país que ha expedido el documento. Por ejemplo, se podrían reconocer solamente documentos e inscripciones realizadas en el Estado en el que las partes tengan su residencia habitual. Por otro lado, una norma general de reconocimiento siempre puede limitarse a ciertas áreas y ser acompañada con una excepción de orden público⁶⁹.

El reconocimiento también ha sido propuesto como el método para lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y de un ordenamiento jurídico, esto es, la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio. Este sistema puede contribuir a conciliar las dos exigencias que aparecen a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes. Es necesario un proceso social de interacción entre las personas que conviven en el seno de una misma sociedad, basado en el diálogo (*ius communications*) entre los

(69) LEHMANN, Matthias. “El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado?”, cit., pp. 243-257.

distintos sistemas jurídicos y culturales que entran en relación, con el objetivo de garantizar cierta estabilidad personal y familiar tanto en el lugar en que realizan sus vidas como en el lugar de procedencia⁷⁰.

Ilustra la aplicación del método de reconocimiento en Argentina, la sentencia emanada del Juzgado Nacional Civil N° 25 en la causa “S.A.M y Otro, s/exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera”. Un matrimonio solicita el reconocimiento judicial de la sentencia recaída en la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia (país de origen del marido), en la que con fecha 17 de julio de 2019 se otorgó la *kafala*⁷¹ definitiva respecto de la niña N. H. Los cónyuges explican que, si bien el instituto en cuestión es desconocido por nuestro ordenamiento jurídico, solicitan el reconocimiento de la sentencia, conforme los alcances previstos por el instituto de la tutela judicial. La documentación agregada (sentencia), como así también las complementarias: partida de nacimiento, acta de entrega administrativa y donación de apellido, cuentan con las legalizaciones consulares correspondientes, por lo que se tienen como auténticas.

El CCCN contempla las instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida en el artículo 2640, cuyo segundo párrafo establece que “Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño”. Sobre esta base legal, el tribunal dictamina que la norma no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en otro Estado. Para ello, recurre al llamado “método de reconocimiento”, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que ésta despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de *exequátur* previsto en el art. 517 CPCCN y sus equivalentes en los códigos procesales provinciales. Afirma que la inserción de estas instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes, tal como es la *kafala*, resulta sumamente respetuosa del derecho a la identidad de los sujetos protegidos puesto

(70) ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. “El método del reconocimiento como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 9/2009 (segunda época), pp. 20 y ss.

(71) La sentencia aclara y precisa el contenido de la “*kafala*”, cuando señala que se trata de la institución de mayor protección en el mundo musulmán para los menores huérfanos o abandonados, ya que al no ser posible crear relaciones jurídicas que no tengan carácter biológico, a través de ella se asume el compromiso de proteger, educar y mantener a un menor desamparado. Dicha figura se constituye cuando una persona (*kafil*), quien debe profesar el Islam, se hace cargo voluntariamente de las necesidades de un niño que fue privado de su familia (*makful*) y se comprometa a educarlo en la religión musulmana.

que no se requiere, necesariamente, la asimilación del instituto creado en Argelia a las propias del foro⁷².

El Juzgado Nacional Civil Nº 25, entiende que el reconocimiento de la decisión extranjera solicitada resulta beneficiosa para el grupo familiar y convalida un vínculo fáctico, por lo que resuelve hacer lugar a la inscripción de la sentencia emitida en la República de Argelia y librar oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines indicados⁷³.

D. El repudio y el despliegue de la cláusula de orden público internacional

El CCCN admite el divorcio sin causas, ya sean objetivas o subjetivas, y a petición de uno solo de los cónyuges (art. 437). Ello induciría a pensar que existe una cierta semejanza con el repudio, si no fuese por dos diferencias sustanciales, una de fondo y otra de forma.

La razón de fondo, radica en que nuestro ordenamiento demanda la absoluta igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio. El artículo 402 puntualiza que: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”. La plena igualdad jurídica de los cónyuges, es un derecho fundamental consagrado por los instrumentos de derechos humanos, a los que remite de forma específica el primer artículo del CCCN para la resolución de los casos que éste rige. En los fundamentos del Anteproyecto de reforma del CCCN, se manifiesta que “el matrimonio se celebra y se sostiene por voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento que uno o ambos puedan solicitar su divorcio [...]”.

Por consiguiente, la ruptura del matrimonio puede ser incausada y podrá ser solicitada indistintamente por uno u otro cónyuge. No se discrimina entre personas del mismo o distinto sexo. Precisamente, a los efectos de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979⁷⁴, el enunciado «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar

(72) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (directores). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VI, Primera Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Infojus, 2015, pp. 403.

(73) Poder Judicial de la Nación, Juzgado Civil 25, causa Nº 98030/2019, sentencia de 25/09/2020.

(74) Conviene recordar que la Convención goza de jerarquía constitucional en Argentina y que ha sido ratificada con reservas por Egipto.

o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En cambio, los hombres egipcios musulmanes tienen un derecho unilateral e incondicional al repudio, sin que sea requisito obligatorio la concurrencia de justa causa, ni tampoco el consentimiento de la esposa. El sistema de divorcio, tal como está regulado en la ley islámica (*sharia*), otorga un trato diferente y desigual a hombres y mujeres. El uso del *talaq* deja a la mujer a expensas del marido.

La invocación de la forma como diferencia esencial entre los dos institutos- divorcio unilateral y repudio- consiste en la necesaria intervención de la autoridad judicial competente para conceder la disolución del vínculo matrimonial, en orden a su eficacia jurídica, que exige el artículo 435 del CCCN. En tanto, que la ley egipcia autoriza al marido a pronunciar el repudio para desbaratar la unión, sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales.

Las disparidades de fondo y de forma entre los sistemas legislativos involucrados en el caso de Carolina, no se compaginan con los principios y valores contenidos en el orden público internacional argentino. La formulación normativa de la excepción, se manifiesta de modo genérico en el artículo 2600 del CCCN al decir que: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. Será por tanto el juez, quien en el análisis de cada causa, determine si la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de los efectos de un documento escrito por el notario egipcio, envuelven una vulneración de los principios y valores fundamentales del propio ordenamiento. Una primera mirada, llevará a concluir que resulta evidente que el repudio unilateral del marido destruye el principio de igualdad como derecho humano universal, con fuerte incidencia en la dignidad de la persona.

No obstante, se ha dicho que en ciertas ocasiones la discriminación que entraña la eficacia extraterritorial del acta de repudio en el foro produzca, paradójicamente, una mejor posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, como el de casarse y fundar una familia, recogidos en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (*v.g.* Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros). En tales supuestos, la interpretación rígida de la cláusula de orden público, impediría el derecho esencial de la mujer repudiada a obtener la tutela judicial efectiva del artículo 18 de la Constitución Nacional, en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Imposibilitar la consolidación de la situación discriminatoria en el ordenamiento jurídico argentino, podría resultar lesiva para Carolina, quien puede preferir que se prescinda de la tutela que estrictamente se merece, para lograr con ello la obtención

de un mejor derecho, siempre, por supuesto, que sea ella la que solicite el reconocimiento del acta notarial en la que consta el repudio pronunciado por Mahmoud en Egipto. Lo contrario, significaría convertir en perjuicio aquello que debería actuar en protección de la mujer discriminada, y supondría para ella una nueva discriminación, al limitar su posibilidad de contraer matrimonio por la existencia de un impedimento de ligamen; o por obligarla a instar un proceso de divorcio en el país para disolver el vínculo. En esta línea, se especula que en casos semejantes sería perfectamente legítima una interpretación flexible o atenuada del orden público, en el sentido de amparar una decisión conflictiva en la función promocional de los derechos fundamentales⁷⁵.

Se observa que el término orden público atenuado, alude a la diferente intensidad del funcionamiento de la excepción tanto en las relaciones jurídicas que pretenden constituirse con arreglo a la ley islámica en un Estado cuyo derecho pertenece al sistema occidental, como en las relaciones creadas válidamente en el ámbito de los países de tradición islámica, que procuran que se le reconozcan efectos en el foro.

En la primera hipótesis, el orden público reaccionaría plenamente (no sería posible repudiar a una mujer en nuestro país). Cuando se trata de desplegar los efectos de un instituto ya consolidado bajo otra legislación, el orden público no es operativo cuando el reconocimiento de esa forma de disolución del matrimonio conduce a un resultado compatible con el derecho del foro. El repudio unilateral formulado por el marido, fundado en una norma discriminatoria, puede desplegar sus efectos cuando quien solicita el reconocimiento es la esposa o cuando ésta ha manifestado su aceptación⁷⁶. De modo que, en la medida que una institución pueda ser considerada contraria al conjunto de valores y principios del Estado requerido, ésta puede ser reconocida examinando la causa concreta y las circunstancias en las que podría quedar la mujer repudiada si se le denegara el reconocimiento⁷⁷.

La excepción de orden público internacional contenida en el artículo 2600 del CCCN, se desplegará a la luz de las circunstancias del caso en cuestión. Es decir, podrá activarse (es potestad del órgano juzgador), cuando su aplicación implique una vulneración manifiesta de los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento argentino. Debe tenerse en cuenta que es *“el resultado de la aplicación de la normativa*

(75) FERNÁNDEZ-CORONADO, Ana. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril (2009), pp. 125-156.

(76) AYALA CARDIÑANOS, Irene. “Excepción de orden público internacional y discriminación por motivos de género”, *Mujeres y Derecho: pasado y presente*. I Congreso multidisciplinar de la sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, octubre de 2008, p. 20. Disponible en: <file:///D:/Downloads/Dialnet-ExcepcionDeOrdenPublicoInternacionalYNoDiscriminac-2874617.pdf>

(77) ABARCA JUNCO, A. P. y otros. *Derecho internacional privado*. Madrid, Ed. UNED, 2013, p. 386.

extranjera lo que debe vulnerar los principios básicos de nuestro Derecho matrimonial, no el contenido abstracto de la ley extranjera"⁷⁸.

Lo cierto es que con ello se llega a un dato clave, el "DIPr. intercultural", un DIPr. que regula situaciones sociales mezcla de diversas concepciones culturales y jurídicas: se trata de regular una "nueva cultura social" resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración⁷⁹. En tal sentido, se ha señalado la inconveniencia de la inmediata sustitución del derecho extranjero por el derecho privado argentino. Por razones valorativas, será preciso intentar la adaptación o conciliación del derecho extranjero a nuestros principios. De allí que se afirme que "El orden público debe ser contemplado como un factor de coexistencia de los sistemas jurídicos y, preservando sus elementos esenciales, deben investigarse las adaptaciones necesarias para hacerlos vivir juntos"⁸⁰.

(78) CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Divorcios extranjeros sin intervención judicial. Práctica del Tribunal Supremo. Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 57.

(79) JUÁREZ PÉREZ, Pilar. "Hacia un DIPr. intercultural", en A L. CALVO CARAVACA / P. Blanco Morales Limones, *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 331-349.

(80) BOGGIANO, Antonio. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 6ª Ed., Tomo I, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 566.

EL REENVÍO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO: APORTES DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA*

THE RENVOI IN ARGENTINE PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CONTRIBUTIONS OF DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

*Luciana B. Scotti***

Resumen: En este trabajo, nos ocuparemos del reenvío, un problema clásico del Derecho Internacional Privado (DIPr), propio del sector del derecho aplicable. Nuestra intención es, sin perjuicio de realizar un recorrido por sus antecedentes y características tradicionales, analizar este instituto desde la perspectiva del DIPr del Siglo XXI, que no es simplemente un derecho conflictual o de coordinación de sistemas jurídicos, sino que busca la realización de una justicia material, y que para ello, se vale de otros métodos y normas, que orientan al operador jurídico hacia un determinado resultado que se presume más valioso, que a su vez, bajo ciertas condiciones, le habilita escenarios más flexibles a la hora de resolver un caso multinacional, y que en otras ocasiones le da un lugar preponderante a la autonomía de la voluntad. Ante las actuales notas que caracterizan al DIPr se impone la necesidad de revisar el problema del reenvío a la luz del derecho argentino así como de la jurisprudencia más reciente.

Palabras-clave: Reenvío - Derecho Internacional Privado - Reenvío funcional - Jurisprudencia - Derecho comparado.

Abstract: In this article, we will deal with the renvoi, a classic problem of Private International Law (PIL), typical of the applicable law sector. Our intention is, without prejudice to studying its antecedents and traditional characteristics, to analyze this institute from the perspective of the PIL of the 21st Century, which is

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2022 y aprobado para su publicación el 12 de abril del mismo año.

** Abogada, egresada con Medalla de Oro (Universidad Nacional de Buenos Aires /UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Categoría I (Ministerio de Educación). Vicedirectora y Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Directora de Proyectos UBACyT. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

not simply a conflictual law, but rather seeks to achieve material justice, and that for this, it uses other methods and rules, which guide the legal operator towards a certain result that is presumed more valuable, which in turn, under certain conditions, enables more flexible scenarios when resolving a multinational case, and that on other occasions gives a preponderant place to the autonomy. Given the current notes that characterize the PIL, it is necessary to review the problem of renvoi in the light of Argentine law as well as the most recent jurisprudence.

Keywords: Renvoi - Private International Law - Functional renvoi - Jurisprudence - Comparative Law.

Sumario: I. Introducción. II. Los antecedentes del reenvío. III. Los presupuestos para el reenvío. IV. Argumentos de aceptación y rechazo del reenvío. V. Las teorías sobre el reenvío. VI. Los tipos de reenvío. VII. El reenvío en el Código Civil y Comercial de la Nación. VIII. El reenvío y la autonomía de la voluntad. IX. Otras limitaciones generalmente reconocidas. X. Recepción del reenvío en la jurisprudencia argentina. XI. El reenvío en la fuente convencional. XII. El panorama en el derecho comparado. XIII. Tendencias modernas: la noción de reenvío funcional. XIV. Conclusiones. XV. Bibliografía.

I. Introducción

Cuando el Sistema de Derecho Internacional Privado (DIPr), encuentra la solución del derecho aplicable, a partir de una norma indirecta o de conflicto¹, dada su estructura peculiar, y su funcionamiento complejo, se pueden generar una serie de problemas singulares, que caracterizan a esta disciplina.

Dentro de estos problemas correspondientes al sector del Derecho aplicable², podemos enumerar: la calificación (definición) del supuesto de hecho, del punto de conexión, del derecho conectado, y eventualmente de una institución desconocida (el denominado “problema de las calificaciones”); la aplicación y prueba del derecho extranjero; el conflicto móvil, la remisión a ordenamientos plurilegislativos; el conflicto internacional transitorio; la adaptación; el reenvío, la corrección del derecho aplicable a través de la cláusula de excepción; la llamada cuestión previa, el fraude a la ley, la afectación al orden público internacional, entre otros.

(1) El Sistema de Derecho Internacional Privado se caracteriza por el pluralismo metodológico y normativo que lleva a conceder pie de igualdad a tres tipos de normas: de conflicto, materiales y de policía, cada una con su método principal propio: de elección, de creación y de autoelección o autolimitación. Puede ampliarse en: SCOTTI, LUCIANA B. *MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, 2ª ED., ED. LA LEY, BUENOS AIRES, 2019, ENTRE OTROS.

(2) En la actualidad, debemos aludir, al menos, a tres sectores diferenciados en el Derecho Internacional Privado: a) la jurisdicción competente; b) la ley o derecho aplicable, y c) el reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros y demás cuestiones comprendidas en la cooperación judicial y extrajudicial internacional.

En esta oportunidad, profundizaremos sobre el problema del reenvío, que se configura cuando la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado del país cuyos tribunales conocen del asunto conduce, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional, al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales son competentes (reenvío de primer grado o de retorno) o el Derecho de un tercer país (reenvío de segundo grado).

Cuando la norma de conflicto nos envía a un determinado derecho a través de su punto de conexión, corresponde interrogarse: ¿se refiere a todo el orden jurídico de ese Estado, como una unidad, un todo integral, compuesto tanto por normas directas como indirectas (referencia máxima o integral)? o, ¿sólo a las normas de derecho material interno del Estado remitido, excluyendo sus normas de conflicto (referencia mínima)? En el caso de considerarlo un todo integral, cabe anticipar que nos posicionamos a favor del reenvío.

Al respecto, Goldschmidt señalaba que sería más correcto, en cambio de hablar de reenvío, referirse al problema de la cantidad de derecho aplicable³.

La denominación, por cierto, es ambigua pues el término reenvío es pertinente, en todo caso, cuando se trata de un retorno al derecho del juez competente, sin embargo, cuando se procede, por su conducto, a la aplicación del derecho de un tercer Estado, el término no encuentra justificación. Sin embargo, se ha optado universalmente por mantener el nombre de reenvío indiferentemente para todas sus variantes⁴.

Es importante realizar dos aclaraciones preliminares adicionales. La primera: la norma indirecta es la única cuyo funcionamiento puede dar origen al problema del reenvío. Las normas internacionalmente imperativas o de policía, si bien aparecen con una estructura indirecta, no generan reenvío alguno. Aunque remiten a un derecho, se trata siempre del propio derecho nacional.

La segunda aclaración necesaria: el problema del reenvío es un razonamiento del juez competente. No hay dudas sobre la jurisdicción, sino que es un problema del sector del derecho aplicable. Bajo ningún concepto, genera la remisión de la causa, del expediente de un tribunal a otro.

(3) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, Décima Edición, Ed Depalma, Buenos Aires, 2009, p. 210.

(4) KASSIR, Walid J. *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Bruylant, Delta, LGDJ, 2002, p. 23. Es muy común, incluso en alguna jurisprudencia, confundir el reenvío propio del Derecho Internacional Privado, con las características que desarrollaremos en este trabajo, de un simple reenvío o remisión dentro del propio derecho interno.

II. Los antecedentes del reenvío

Advierte el Prof. Hooft que “si bien existen antecedentes en el siglo XVII (Edicto de 1611), y el jurista Froland⁵ cita varios casos de conflictos entre la ley de situación y la ley del domicilio, el caso más conocido es el del testamento belga: un inglés testó en Bélgica, donde el acto era nulo, siendo juzgado en Inglaterra cuyo derecho lo declaraba válido. El juez inglés Herbert Jenner, aplicó primero derecho belga en atención a que la norma de DIPr inglesa declaraba aplicable la ley del domicilio, pero a seguido, aceptó la remisión (reenvío) de la norma belga de DIPr que adoptaba la nacionalidad como conexión, al derecho inglés, resolviendo que el testamento era válido”⁶.

Este caso, conocido como “Collier c. Ribaz” del año 1841, cobro popularidad dado que el juez razonó y juzgó “como si estuviera sentado en el sillón del juez belga”. Es decir, que es un antecedente también de la teoría del uso jurídico, tan reconocida en nuestro medio.

Calvo Caravaca y Carrascosa González citan un caso anterior del año 1634. Se trataba de un sujeto de Milán que otorga testamento notarial en 1619 en Bruselas ante dos testigos. La norma indirecta de Milán ordenaba observar las leyes del lugar de otorgamiento. Sin embargo, una norma de la región de Fiandra (actual Bélgica) disponía que cuando el testador residía en un lugar distinto al de situación de los bienes, el testamento debía someterse a la *lex rei sitae*. Al existir bienes inmuebles en Milán, se producía un reenvío de retorno. El Derecho milanés exigía la presencia de siete testigos, y por ende, el testamento fue declarado nulo⁷.

Sin embargo, el *leading case* que ha convocado el análisis de la totalidad de la doctrina es el célebre caso “Fargo”, fallado por la Corte de Casación francesa en 1878. En este asunto, si bien el punto de conexión era el mismo tanto en el derecho del foro como en el extranjero (domicilio), el problema se suscitó en virtud de las diferentes calificaciones de ambos ordenamientos jurídicos sobre aquel. En efecto, Franz Fargo nació como hijo extramatrimonial en 1801, en Baviera. A los cinco años,

(5) Gracias a las investigaciones de Niboyet, se pudo conocer que Froland fue el precursor en proponer y analizar una serie de situaciones que claramente se encuadran en lo que nosotros conocemos como el reenvío. Cfr. LEWALD, M. Hans. “Règles générales des conflits de lois (Contribution à la technique du droit international privé)”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volumen 69, 1929, p. 533. Lewald, el primer académico en dedicarle un curso de la Academia de La Haya de Derecho Internacional a este tema, asume una posición contraria al reenvío: “Nous n’hésitons donc pas à nous ranger aux côtés des adversaires d’une doctrine qui, loin de conduire à l’harmonie juridique, ne provoque que des doutes et des incertitudes. Que le renvoi puisse fonctionner comme expédient pour arriver à une solution satisfaisante dans des cas spéciaux, personne ne voudra le contester. En tant que principe, il ne me paraît pas défendable” (p. 615).

(6) HOOFT, Eduardo R. *El Derecho Internacional Privado al alcance de todos*, Ed. Eudem, Mar del Plata, 2012, p. 152.

(7) CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, volumen 1, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, p. 241.

su madre, Ana María Ditchl lo llevó a Francia, donde ella se casó con un francés, convirtiéndose en francesa. Forgo permaneció toda su vida en Francia, se casó con una francesa, la sobrevivió, y murió sin descendencia en 1869 en Pau. Sin embargo, continuaba teniendo domicilio legal bávaro, y era bávaro pues no se había nacionalizado francés. A su muerte, dejó una importante herencia de bienes muebles. Por entonces, en el Derecho Internacional Privado francés la sucesión mobiliaria se regía por la ley del último domicilio del causante, por lo tanto, había que decidir en primer lugar cual era el domicilio al tiempo de su muerte. Forgo tenía su domicilio de hecho en Francia, pero su domicilio legal en Baviera. El litigio se entabló entre parientes colaterales de la madre de Forgo y el fisco francés en torno del patrimonio relicto mobiliario situado en Francia. Los colaterales invocaban Derecho bávaro, según el cual heredaban parientes colaterales, mientras que el fisco se basó en el Derecho francés, con arreglo al cual colaterales de los padres de hijos extramatrimoniales no heredan. La Administración de los Dominios, en representación del Estado Francés, alegó que, si bien surgía la competencia del derecho bávaro por imperio de la norma de conflicto francesa, era necesario consultar el derecho bávaro en su totalidad, es decir incluidas las normas de conflicto, según las cuales los bienes muebles se rigen por la ley de su situación combinada con la del domicilio de hecho o la de la residencia habitual del difunto. De ese modo, el derecho bávaro al cual envía el derecho francés, reenvió el caso a este último, por ser la ley de la residencia habitual. La Corte de Casación aceptó el reenvío. El juicio fue ganado, por lo tanto, por la Administración francesa de Dominios.

A partir de este emblemático caso, se desarrollaron doctrinariamente la caracterización, los presupuestos, los fundamentos y hasta teorías extremas sobre este instituto.

III. Los presupuestos para el reenvío

Para que se configure un supuesto de reenvío, en primer término, es necesario que exista una diversidad en los puntos de conexión utilizados por las normas de conflicto de los ordenamientos que concurren en un supuesto de tráfico jurídico externo. Tal diversidad puede derivarse de la literalidad del propio factor de conexión (nacionalidad/domicilio) o de su interpretación o calificación (domicilio de hecho/domicilio de derecho).

En segundo lugar, el sistema del foro debe admitir la aplicación de la norma de conflicto extranjera o, en otras palabras, debe considerar al Derecho extranjero en su integridad, tanto sus normas materiales como las de conflicto (teoría de la referencia máxima).

En este sentido, se afirma que “el reenvío es un caso de ‘conflicto de sistemas’”. En efecto, en virtud del reenvío, el tribunal competente aplicará la norma de con-

flicto extranjera para determinar las normas sustantivas reguladoras de situación privada internacional”⁸.

En tercer lugar, es necesario que la norma de conflicto extranjera remita a la aplicación de otro derecho en el caso concreto, según sus circunstancias fácticas.⁹ Es decir, “las circunstancias del caso, hacen que el conflicto sea ‘negativo’, esto es, ninguno de los derechos reclama ser aplicado al caso”¹⁰.

IV. Argumentos de aceptación y rechazo del reenvío

El reenvío es, sin dudas, de los institutos que más apasionados debates ha generado en la doctrina especializada, con argumentos viscerales tanto de partidarios como de adversarios.

Como bien señala Fresnedo de Aguirre, “desde el punto de vista lógico (...) el reenvío es un absurdo, porque cuando el legislador opta por un determinado ordenamiento jurídico como más adecuado para regular una relación jurídica, es porque entiende que es el derecho material interno de ese ordenamiento el que está mejor situado para regular la relación (...)”. Sin embargo, “desde un punto de vista práctico, que es el enfoque de los jueces, la situación es distinta, por varias razones (Herbert). En primer lugar, porque aceptar el reenvío supone para el juez aplicar el derecho propio, con todas las ventajas que ello conlleva. En muchos casos, su aplicación significará vaciar de sentido el método de atribución, por constituir un mero expediente para terminar aplicando el propio derecho. Pero en otros casos puede permitir que se eviten desarmonías y resultados injustos en el funcionamiento del sistema de conflicto, flexibilizando la aplicación rígida del sistema”¹¹.

A favor del reenvío, se esgrime que la legislación extranjera (reglas de conflicto y derecho de fondo) forma un todo indivisible. Por lo tanto, cuando la ley del foro conduce a la ley extranjera, se tiene la necesidad de dar cumplimiento a la regla

(8) CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Ibidem*, p. 240.

(9) Es decir, si en un caso el ordenamiento local adopta el punto de conexión “domicilio” en materia de sucesiones, y el derecho extranjero, opta, por la “nacionalidad” del causante, pero la persona tuvo su nacionalidad y domicilio en el mismo Estado, no se podría configurar fácticamente un supuesto de reenvío.

(10) HOOFT, Eduardo R. *El Derecho Internacional Privado al alcance de todos*, Ed. Eudem, Mar del Plata, 2012, p. 152.

(11) FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, pp. 282-283. La autora ejemplifica su afirmación con el caso “Caraslanis” (más conocido para trabajar el problema de las calificaciones), de la Corte de Casación francesa del 22 de junio de 1955, en el cual un matrimonio griego ortodoxo se casa en Francia conforme el rito ortodoxo griego, y no de acuerdo al derecho material interno francés. Ese matrimonio surte efectos en Francia y en Grecia, porque las normas de DIPr del orden jurídico griego admiten esa solución; y el derecho francés también porque regula la validez de los matrimonios por la ley de la nacionalidad de los contrayentes, que en este caso era la griega.

de conflicto extranjera que reenvía a otra legislación. En consecuencia, si la ley extranjera reenvía a otra ley, eso quiere decir que la ley extranjera no se considera competente para resolver el conflicto y no debe ser aplicada en contra de la propia voluntad del Estado que la creó.

Posiblemente, dentro de los fundamentos favorables para justificar el reenvío, uno de los más convincentes viene de la mano de Henry Batiffol y de su teoría de la coordinación de sistemas. Según el jurista esta teoría “permet notamment d’assumer pleinement l’idée que le renvoi consiste à donner effet aux règles de droit international privé étranger de l’ordre juridique désigné par le for (...). Le renvoi offre ainsi à Batiffol l’image emblématique par excellence de la coordination des systèmes, qu’il prône comme principe majeur du droit international privé, la règle de conflit du for se coordonnant, de par la volonté de son propre Etat, avec la règle de conflit de l’ordre juridique qu’elle désigne”¹².

Por el contrario, para rechazar el reenvío, se ha manifestado principalmente que es un instituto que genera inseguridad jurídica. Es la crítica del “juego de ping pong”: la ley del foro lleva a la aplicación de la ley extranjera, que forma un todo, y la regla de conflicto extranjera reenvía a la ley del foro, que también forma un todo y, por lo tanto, habría que volver a atender a la regla de conflicto del foro, y así infinitamente.

V. Las teorías sobre el reenvío

La doctrina ha desarrollado una serie de teorías, que podemos sintetizar de la siguiente manera:

a) *Teoría de la referencia mínima*: según la cual la consecuencia jurídica de la norma indirecta indica como aplicable sólo el derecho privado extranjero. En este escenario el reenvío es imposible. En esta postura el Derecho Internacional Privado del juez indica inmediatamente el derecho privado como aplicable al caso.

b) *Teoría de la referencia media o del desistimiento*: conforme a la cual el Derecho Internacional Privado del juez indica como aplicable, en primer lugar, las normas de conflicto extranjeras. En caso que esa ley atribuya competencia material a su propio derecho privado, ese se aplica. Si, por el contrario, el Derecho Internacional Privado extranjero estima inaplicable su derecho privado, y sin que nos interese qué derecho indica como competente, abandonamos ese sistema jurídico, desistimos de él y retornamos a nuestro derecho nacional en búsqueda de otro punto de conexión subsidiario o alternativo que nos conecte con otro ordenamiento extranjero y en caso que no exista aplicamos el derecho privado del foro.

(12) KASSIR, Walid J. *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Bruylant, Delta, LGDJ, 2002, p. 36.

c) *Teoría de la referencia máxima*: según esta posición, la remisión de la norma de conflicto a una determinada legislación extranjera, abarca esta legislación en su totalidad comprendidas sus propias reglas de conflicto. El derecho extranjero aplicable constituye un todo indivisible del que estas reglas forman parte, y no cabe escindirlo. Admite claramente el reenvío en su máxima expresión.

Goldschmidt ilustra tales teorías de la siguiente manera: en la primera, la referencia de la norma indirecta al derecho extranjero puede ser comparada con una invitación de cumplimiento que el invitado no tiene más remedio que aceptar; en la segunda la referencia se asemeja a una invitación normal que el invitado puede aceptar o rechazar; y en la tercera, la referencia se parece a las invitaciones que los clubes envían a los socios para fiestas públicas, que el invitado puede devolver, aceptar o transferir a otra persona¹³.

Sin embargo, para el doctrinario, la explicación correcta para el reenvío viene de la mano de la teoría del uso jurídico: "Si las normas indirectas declaran aplicable derecho extranjero, el juez buscará la sentencia probable del juez extranjero. Prácticamente, llegamos con esta doctrina a resultados semejantes a los que nos conduce la tesis de la referencia máxima. Pero mientras que esa última se enreda en el famoso juego del ping-pong internacional, nuestra teoría escapa a este reproche. Dos legislaciones pueden referirse mutuamente la una a la otra *ad infinitum*. Dos jueces, al contrario, no pueden invocarse mutuamente hasta la eternidad. La prohibición de denegar justicia impide este juego. He aquí el punto arquimédico"¹⁴.

Asimismo, Boggiano explica el funcionamiento del reenvío a la luz de la teoría del uso jurídico: "a fin de imitar la probable decisión del juez extranjero, hemos de seguirlo a través de todas las transmisiones o remisiones que haga en virtud de sus normas de conflicto extranjeras que posiblemente tomen en cuenta. He aquí la referencia máxima o total. Pero siempre imitaremos los pasos del juez extranjero para llegar con él a su resultado. No imitaremos a jueces de terceros países, sino sólo al juez del país cuyo derecho indica como aplicable nuestra norma de conflicto. Si éste sigue transmisiones o reenvíos, sólo a éste imitaremos"¹⁵.

VI. Los tipos de reenvío

Se han detectado diversos tipos o clases de reenvío. Los ordenamientos que optan por legislar el instituto no necesariamente aceptan todas sus modalidades. Veamos cuáles son:

(13) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, Décima Edición, Ed Depalma, Buenos Aires, 2009, p. 210.

(14) *Ibidem*, pp. 225-226.

(15) BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado y Derechos Humanos*, 7ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 219.

- a) De primer grado o de retorno (o de remisión o devolución): la regla de conflicto del juez competente conduce al derecho extranjero y la regla de conflicto del derecho extranjero reenvía al derecho del foro¹⁶.
- b) De segundo grado (envío o reenvío de transmisión): la regla de conflicto del foro conduce al derecho extranjero y la regla de conflicto del derecho extranjero conduce al derecho de un tercer país. Por hipótesis, podría haber un reenvío de tercer o de cuarto grado (reenvíos sucesivos)¹⁷. De todos modos, los reenvíos no serán infinitos porque los puntos de conexión razonables para cada categoría jurídica son limitados.
- c) Doble reenvío: podría suceder que el DIPr del juez competente reenvíe al DIPr extranjero y que el DIPr extranjero declare aplicable el derecho del juez, que a su vez insiste en la aplicación del derecho extranjero. Se verifica aquí la objeción de la raqueta o del ping pong internacional. Ninguno de los derechos privados en juego es invocado como aplicable por su propio DIPr. Por ende, si realmente se quisiera respetar la voluntad de cada ordenamiento jurídico no sería posible resolver el caso. Es necesario limitar, poner un corte en ese reenvío, potencialmente, infinito¹⁸. El doble reenvío está muy asociado al common law, principalmente al derecho inglés.

Se ha graficado al reenvío y sus tipos de múltiples maneras, como un partido de ping pong, como un juego de espejos. Resulta pedagógicamente ilustrativa la metáfora utilizada por Santos Belandro: el reenvío es como un salto de rana. En el reenvío de primer grado, la rana salta a un estanque vecino y se ve forzada a volver a su estanque originario porque sus congéneres del estanque que ha visitado no lo aceptan. En tanto que, en el reenvío de segundo grado, la rana en lugar de regresar al

(16) El juez argentino resuelve la sucesión mobiliaria de un argentino fallecido con último domicilio en España: el DIPr español lo remite al derecho de la nacionalidad del causante, o sea el Derecho argentino. El DIPr español reenvía al derecho argentino. La solución del caso retorna a nuestro derecho que acepta ese reenvío de primer grado.

(17) El juez argentino resuelve sobre la sucesión mobiliaria de un belga fallecido con último domicilio en París. El DIPr francés nos remite a la ley de la nacionalidad del causante al tiempo del fallecimiento, o sea el derecho belga. El juez argentino es "enviado" a derecho belga, que finalmente aplica (salvo que a su vez las normas indirectas belgas, lo lleven a otro ordenamiento jurídico de un estado diferente, se configuraría un reenvío de tercer grado o un reenvío circular si vuelve al derecho argentino).

(18) El juez local es competente en una sucesión de un argentino fallecido con último domicilio en Madrid. Si el juez argentino, por hipótesis, tuviese que aplicar su DIPr, debería en principio aplicar la ley del último domicilio del causante (España) y dado que el ordenamiento argentino acepta el reenvío, se considerará remitido al DIPr español que elige aplicable el derecho de la nacionalidad del causante y si, a su vez, ese DIPr también acepta el reenvío, el caso se vería remitido al DIPr argentino -de la nacionalidad del causante- que a su vez remitiría al DIPr español, y si se siguiera ese razonamiento, el caso, como en un partido de tenis, no lograría solución.

primer estanque de donde partió, se ve obligada a saltar hacia otro estanque donde también puede ser rechazada y la historia se repetiría sucesivamente¹⁹.

Por último, cabe señalar que un sector de la doctrina, incluye en la tipificación, al llamado *reenvío neutro*: la norma de conflicto del foro competente remite al derecho de otro Estado, cuyo punto de conexión es idéntico y por ende declara aplicable su propio derecho. Técnicamente, en este supuesto no hay reenvío, pues falta uno de los presupuestos del instituto.

VII. El reenvío en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil de Vélez Sarsfield no contemplaba el instituto, probablemente porque para la época de su redacción, era prácticamente desconocido.

Sin embargo, desde 2015, el Sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna cuenta con una disposición especialmente destinada a regular el reenvío: el artículo 2596 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)²⁰.

Las fuentes de la norma son el artículo 10 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, el artículo 13 de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, el artículo 4 (1) (2) del Acta introductoria del Código Civil alemán de 2009.

En efecto, el artículo 2596 habilita el ingreso por la puerta grande al llamado reenvío de primer grado. Es decir, cuando resulta aplicable según una norma indirecta del foro, un derecho extranjero, debe comprenderse que su contenido se compone de normas materiales y de normas de conflicto, y que éstas pueden remitir al derecho argentino. En dicho supuesto, según el artículo que comentamos, corresponde aplicar el derecho material argentino.

La redacción de este primer párrafo del artículo 2596 impide que se produzca un reenvío sin fin o un reenvío “ping pong” (doble reenvío).

En relación con esta disposición, prestigiosa doctrina se ha pronunciado en términos dubitativos ante su incorporación al derecho argentino: “el artículo 2596 da una versión bastante particular del reenvío, institución que, por otra parte, no goza de gran aceptación en los últimos tiempos debido a las intrincadas com-

(19) SANTOS BELANDRO, Rubén. *Ley general de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2021, p. 368.

(20) Artículo 2596 CCCN: “Reenvío. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

binaciones que puede generar, funcionando con altos niveles de subjetividad y, por tanto, de inseguridad”²¹.

Si bien la disposición que analizamos contempla el reenvío de primer grado y parece obligar al juez a considerarlo y en consecuencia aplicar derecho argentino, no acepta ni prohíbe expresamente otras categorías como el reenvío de segundo grado. Un sector importante de la doctrina entiende que, si se acepta la teoría del reenvío, debe aceptarse en todos sus grados, tal como lo hacía el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003: “Deben tomarse en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable. Cuando las partes eligen el derecho se entiende, salvo pacto en contrario, que se refieren al derecho interno” (artículo 10).

Por otra parte, no habiendo una prohibición o limitación expresa, la disposición admitiría el reenvío de segundo grado.

Además, es necesario comprender esta norma en concordancia con la teoría del uso jurídico consagrada en el artículo 2595, inciso a). La imitación de la sentencia que probablemente dictaría el juez extranjero debería conducirnos a aplicar el derecho que hubiera aplicado el tribunal foráneo, sea ese ordenamiento el argentino u otro sistema jurídico.

En como sintetiza Uzal, en la disposición que analizamos: “se ha consagrado la recepción de la teoría de la referencia máxima y por ende, del reenvío, que debe ser combinada con la teoría de uso jurídico como se explicara *supra*; se ha fijado el modo de resolver la objeción de la *raquette* -o del ping pong internacional- si ésta se presenta y se ha receptado la referencia mínima como supuesto de excepción, ajustándose a lo que debe entenderse el normal proceder de las partes cuando, en materias disponibles, hacen uso de su autonomía de voluntad para elegir el derecho aplicable”²².

VIII. El reenvío y la autonomía de la voluntad

Como expone Fresnedo de Aguirre, el reenvío queda siempre descartado cuando el derecho es elegido por las partes, ya que éstas se refieren en su elección a un derecho material concreto y no tendría ningún sentido desvirtuar esa operación volitiva²³.

(21) ALL, Paula y ALBORNOZ, Jorge. “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 1: Disposiciones generales”, en RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 784.

(22) UZAL, María Elsa. *Derecho Internacional Privado*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2016 (versión e book).

(23) FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 284.

En tal inteligencia, el segundo párrafo de artículo 2596 CCCN dispone una excepción a través de la cual se rechaza el reenvío en aquellos casos en que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes eligen el derecho de un determinado Estado. Coincidentemente, el artículo 2651, literal b), excluye el reenvío en los contratos internacionales, cuando los contratantes han elegido derecho aplicable. Al respecto, dispone: “elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario”.

Esta exclusión es una regla generalmente aceptada. Así lo podemos ver la CIDIP V (México, 1994) sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, en el art. 17 (vigente entre México y Venezuela) y en el Reglamento de la Unión Europea (Roma I) 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 20).

Puede advertirse que en la Ley N° 27449 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en el artículo 79 sobre normas aplicables al fondo del litigio, también se establece que: “El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”²⁴.

IX. Otras limitaciones generalmente reconocidas

1. *Reenvío y locus regit actum*

El reenvío encuentra un límite en materia de forma de los actos jurídicos. El criterio rector y ampliamente difundido para esta categoría es la *locus regit actum* o *lex loci celebrationis*, es decir el sometimiento a la ley del lugar de celebración del acto en cuestión.

La elección de esta conexión es sin dudas favorecer la validez formal del acto en tanto se hayan tomado los recaudos exigidos por la legislación del lugar donde se celebró, realizó u otorgó.

Sería ilógico entonces que, por reenvío de la ley de celebración a otro derecho, el juez lo aplicara y considerase inválido formalmente un acto por incumplimiento de las solemnidades exigidas, por ejemplo, por la ley del lugar de cumplimiento.

(24) El art. 79 de la Ley 27449 reproduce el art. 28. 1 de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006: “Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio: 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”.

2. Reenvío y normas materialmente orientadas

Otro motivo de debate en la doctrina es la operatividad del reenvío ante normas indirectas materialmente orientadas, como las que el DIPr argentino prevé en los artículos 2630, primer párrafo, 2632 primer párrafo, CCCN o en el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989).

Estas normas se alejan de las reglas de conflicto clásicas, dado que la designación de la ley aplicable no se realiza de manera general y abstracta, sino que persiguen un resultado determinado.

Por ello, puede pensarse que la admisibilidad del reenvío en estos supuestos conculcaría el “trabajo a medida” del autor de la propia regla, pues se corre el riesgo de eludir el contenido material buscado²⁵. Pero aquí surge un nuevo interrogante: ¿Qué sucede si a través del reenvío se alcanza el resultado deseado?

En esta inteligencia, se ha propiciado el reenvío *in favorem* cuando se trata de normas materialmente orientadas. Es decir, se condiciona la aplicación del reenvío en estos casos según se alcance o no la finalidad material perseguida por el legislador, por ejemplo, en favor del reconocimiento de una situación jurídica, como una filiación.

De esta manera, esta figura se erige como una suerte de variante de la teoría del reenvío.

Lo cierto es que no existe una exclusión expresa del reenvío en relación con las normas indirectas con conexiones alternativas materialmente orientadas. En definitiva, “c’ est dans le cadre de chaque règle de conflit que la question du renvoi doit être résolue, surtout en raison du pluralisme des méthodes en cours à l’heure actuel”²⁶.

3. Reenvío y cláusula de excepción

Un supuesto particular a considerar, en relación con el reenvío, es su vinculación y funcionamiento con las llamadas cláusulas de excepción, como la prevista por el artículo 2597 CCCN.

La función de estas válvulas de escape es correctiva pues el sistema se sigue cimentando en normas de conflicto con puntos de conexión tradicionales y, por ende, rígidos pero el legislador prevé una excepción que habilita al juez a aplicar una ley distinta de la designada por esas normas indirectas clásicas si el caso tiene

(25) JORGE, Manuel. *Les rattachements alternatifs en Droit International Prive*, tesis de doctorado dirigida por Paul Lagarde, Universidad de Paris I, 1988, p. 141. Disponible en: <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01116739/document>.

(26) *Ibidem*, p. 143.

vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico, en función del principio de proximidad.

En consecuencia, parece razonable que prevalezca la finalidad de la cláusula de excepción frente al reenvío, y hacer que se abandone la remisión, en todos los casos en que la ley designada por la norma de conflicto del derecho extranjero aplicable (sea la *lex fori* por reenvío de primer grado, o la de un tercer Estado, por un reenvío de segundo grado), tenga vínculos muy débiles con la situación y que, por otro lado, existan vínculos claramente más estrechos con otra legislación. Esto implica que la cláusula correctiva restringiría el alcance del reenvío.

Para un sector importante de la doctrina la cláusula de excepción es capaz de reemplazar o absorber, en alguna medida, el reenvío dado que puede asumir sus funciones correctivas. De cierto modo, existe cierta convergencia parcial en los objetivos de las dos figuras. Incluso ambas comparten algunas limitaciones, impuestas por la autonomía de la voluntad o las normas materialmente orientadas²⁷.

Sin embargo, debemos convenir que la cláusula de excepción, como su propio nombre lo indica está sujeta a una serie de condiciones de estricto cumplimiento para tornarla operativa, mientras que el reenvío, en cambio tiene un campo más amplio de actuación²⁸.

4. Reenvío y normas de reconocimiento (método de reconocimiento)

Finalmente, no podemos omitir la existencia, aunque acotada de normas de reconocimiento en los sistemas de DIPr (como, por ejemplo, los artículos 2634, 2637 y 2640 CCCN). Este tipo peculiar de regla tiene por característica que el Estado en el que se invoca una situación renuncia a la aplicación de su propia regla de conflicto para controlar la validez de esa situación, a favor de la ley que dio origen a la situación. Por ende, no hay envío a un derecho extranjero desde una norma de conflicto del foro²⁹. Se considera directamente el derecho foráneo en el que se constituyó válidamente la situación privada internacional, a los fines precisamente de facilitar su reconocimiento transfronterizo. Además, sería un absurdo, propender ese reconocimiento a través de la *lex fori* o de un derecho de un tercer Estado, que no tenga conexión con la situación de que se trate.

(27) Puede verse: SCOTTI, Luciana B. "Flexibilización y cláusula de excepción en el Derecho Internacional Privado argentino", en *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, Año VIII, Nº 2, (2020: Visiones y propuestas), Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Buenos Aires, diciembre 2020, pp. 261-291. Disponible en: <https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/1104>.

(28) DAVÌ, Angelo. "Le renvoi en droit international privé contemporain", en *Recueil des cours*, tomo 352, tomo 377, 2012, p. 136.

(29) Puede verse: SCOTTI, Luciana B. "El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el Derecho Internacional Privado argentino", en *Revista de la Facultad*, Vol. XI, Nº 1, Nueva Serie II (2020), Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Córdoba, 2020, pp. 105-132.

X. Recepción del reenvío en la jurisprudencia argentina

Antes de la vigencia del Código Civil y Comercial, la jurisprudencia argentina era antigua, escasa y tangencial en la materia que nos ocupa, tal como señala Feuillade³⁰.

Suele mencionarse como antecedente el caso “*Larangueira*”, de la Cámara Civil 1ª de la Capital, del 12 de mayo de 1920³¹. Versaba sobre una sucesión abierta en Argentina con respecto a bienes de un causante fallecido con último domicilio, al parecer, en Uruguay, aunque la sentencia alude también a Brasil.

El juez de primera instancia, basándose en la teoría del fraccionamiento recogida en el Tratado de Montevideo de 1889 (artículos 44 y 45) declara aplicable el derecho argentino en virtud del lugar de situación de los bienes relictos; no obstante, la sentencia entiende que el derecho argentino está integrado por el DIPr argentino. Por consiguiente, aplica el artículo 3283 del Código Civil (actualmente derogado) que, a su vez, somete la sucesión al Derecho del último domicilio, y por ende, al derecho uruguayo. De ser ello así, no resultan competentes, afirma la sentencia, los jueces argentinos sino los uruguayos (artículo 56 del TDCI de Montevideo de 1889). La sentencia evidencia, por cierto, una confusión entre la jurisdicción competente y el derecho aplicable.

La Cámara, sin ingresar en el problema del reenvío (propio del sector del derecho aplicable), encausa el caso en el sector comprometido, es decir, la jurisdicción, y sostiene la competencia de los jueces argentinos y devuelve los autos a otro juez de primera instancia (quien resolvió el caso según el derecho civil argentino sin mencionar siquiera el reenvío). En el voto del Dr. Repetto, sin embargo, sostuvo que: “la procedencia de la teoría del reenvío (...) es, en el momento actual, de solución prematura”.

Años más tarde, en “*Estudios Espíndola c. Bollatti, Cristóbal J.*”, de 1969, se resolvió que “tratándose de un contrato celebrado en la República y a cumplirse en el extranjero, debe ser juzgado por las leyes del lugar de su cumplimiento, vale decir, las chilenas (artículo 1210, Cód. Civil). (...) Remitiendo el DIPr argentino al derecho chileno, ha de averiguarse cuál es el derecho que éste considera competente para resolver la cuestión, pues ha de atenderse, en primer lugar, al contenido del derecho internacional privado chileno. Éste carece de norma específica con relación a contratos considerados en general. El artículo 16 del Cód. Civil de ese país, cuya aplicación analógica estimo procedente, se refiere a los bienes sitios en Chile, a los que declara regidos por el derecho del lugar de su situación, sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño,

(30) FEUILLADE, Milton César. *Derecho Internacional Privado. Parte General. Teoría tripartita, dinámica y tridimensional*, Astrea, Buenos Aires, 2020. p. 135.

(31) C1aCiv. Cap., 12/5/1920, JA IV, 253.

pero sometiendo los efectos de los contratos a cumplirse en Chile a sus leyes. Debe entenderse que la ley chilena acepta el envío realizado por la ley argentina”³².

Tras la entrada en vigor del CCCN, encontramos muy escasa jurisprudencia sobre reenvío. Especialmente destacan algunos fallos provenientes del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza³³.

En autos, “*Larrain Gastón Oscar p/Información Sumaria (rectificación de partida)*”, expte. Nº 556/15/11F, fallado el 28 de agosto de 2017 por el Juzgado de Familia Nº11 de la Provincia de Mendoza, se solicitó un cambio de nombre, en concreto se petitionó adicionar el apellido Schiller a continuación de Larrain. El pedido se funda en que el actor reside en Austria, en donde se encuentra casado, y para lograr su residencia, se le exige que en su partida de nacimiento se adicione el apellido de la esposa a continuación del propio.

Del pedido, se corrió vista a la SE.JU.CAI. (Secretaría Judicial de Corte para Asuntos Internacionales – Suprema Corte de Justicia, Mendoza)³⁴ que emitió dictamen, conforme al cual estableció que el derecho aplicable de acuerdo al DIPr argentino es el del domicilio de la persona, en el caso en Austria (conf. artículo 2618 CCCN). Por ende, inicialmente correspondería acudir al derecho de dicho Estado. Para conocer el contenido del ordenamiento austriaco, la Secretaría consultó a la Oficina de Austria de la Red judicial europea, Eurojust.

Finalmente, el Ministerio de Justicia austriaco informó que de acuerdo al artículo 13 de la Ley de Derecho Internacional Privado, IPRG (Internationales Privat Recht Gesetz), el apellido de una persona debe evaluarse de acuerdo a su respectivo estatuto personal, esto es de acuerdo al país al que pertenece.

Sin dudas, se presenta aquí otro problema clásico del sector del derecho aplicable: las calificaciones. En efecto, corresponde definir qué alcance tiene el “estatuto personal” para el Derecho austriaco, que felizmente contiene una calificación autárquica. El artículo 9 de la IPRG indica que: “El estatuto personal de las personas naturales se rige por el Derecho del Estado a que esa persona sea súbdito”.

De allí, entonces, que el estatuto personal es el derecho de la nacionalidad, en el caso, argentina. En consecuencia, y en virtud del artículo 2596 CCCN, el derecho

(32) JNPaz nº 46, “Estudios Espíndola c. Bollatti, Cristóbal J.”, 7/10/1969, ED, 33, 26.

(33) Agradezco especialmente al Profesor Roberto Stocco, quien me hizo llegar las dos primeras sentencias que comentamos, con los respectivos dictámenes de la Secretaría Judicial de Corte para Asuntos Internacionales (Suprema Corte de Justicia, Mendoza), e inspiró revisar el problema del reenvío en el presente trabajo.

(34) Se puede advertir, a través de estos fallos, la importancia de contar con una oficina técnica especializada en asuntos internacionales y cooperación que colabora con el Poder Judicial (en el caso de la SE.JU.CAI., el PJ de la Provincia de Mendoza) a la hora de resolver asuntos complejos como suelen ser los casos iusprivatistas internacionales.

austriaco remite al derecho argentino, configurándose un reenvío de primer grado o de retorno.

La SE.JU.CAI. concluyó que de conformidad con las normas de Derecho Internacional Privado de Austria “el apellido de una persona debe evaluarse de acuerdo a su respectivo estatuto personal, esto es de acuerdo al país que pertenece, es decir el derecho de la nacionalidad del peticionante, en el caso, la Argentina, produciéndose así una remisión del derecho austriaco al derecho argentino, quedando delineada la figura del reenvío en primer grado, donde el Juez resuelve aplicando su derecho”.

El tribunal judicial consideró el derecho aplicable al caso³⁵ y, en consonancia con el dictamen de la SE.JU.CAI., menciona los artículos 2618 CCCN, sobre derecho aplicable al nombre de las personas humanas y al artículo 2596 CCCN.

La jueza concluye que resultan aplicables las normas que regulan el cambio de nombre en el derecho interno argentino, ello es, el artículo 69 y concordantes del Código.

En virtud del derecho argentino vigente, el juzgado considera que, si bien el nombre es un atributo de la personalidad, en los últimos años se ha relativizado el principio de inmutabilidad del nombre. Las excepciones se configuran cuando existan los justos motivos en los términos señalados por la norma (artículo 69 CCCN): a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b) la raigambre cultural, étnica o religiosa y c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. La enunciación no es taxativa.

La jueza considera para resolver que: “no puede desconocerse la realidad actual del actor, quien vive en Austria donde ha formado una familia de manera que denegarle su petición implicaría para el mismo tener que abandonar el país en el que reside junto a su familia, en el que seguramente además a través de éstos años, ha generado lazos familiares, sociales, y laborales. Es por todo lo expuesto, adquiriendo máxima expresión el derecho a la tutela judicial efectiva, en especial, el acceso a la justicia y a obtener de los Tribunales Judiciales una sentencia útil, que se concluye que corresponderá hacer lugar a la acción interpuesta por el Sr. Gastón Oscar Larrain”.

En autos, “*Zapata Patricio Mauro c/Sottano Maria Marta p/Divorcio Unilateral*” (Expte. N° 335/20/13F), el Tribunal de Gestión Asociada de Familia, de Luján de Cuyo, Mendoza, dictó sentencia el 17 de agosto de 2021. En el caso, Zapata, con lugar de domicilio en Chile, interpuso demanda de divorcio en los términos de lo dispuesto por el artículo 437 del CCCN contra María Marta Sottano, residente en

(35) Erróneamente, el juzgado se refiere a la determinación del derecho aplicable, como una “cuestión previa”, posiblemente desconociendo que esa terminología técnica se refiere a un problema concreto del sector del derecho aplicable.

Argentina. El último domicilio conyugal efectivo también se encontraba en el país vecino, pero el matrimonio se había celebrado en nuestro país.

En fecha 3 de junio de 2020 el Tribunal ordena atento la existencia de expedientes en trámite en la República de Chile, previo a todo, dar intervención a la SE.JU.C.A.I. a los efectos que se expida respecto a la competencia y derecho aplicable para entender en la presente causa.

En un primer dictamen, la SEJUCAI dictamina, en relación con la jurisdicción, que corresponde acoger la demanda en razón del artículo 2621 del CCCN (en virtud del domicilio de la demandada). Sin embargo, manifiesta que le corresponderá expedirse sobre el derecho aplicable, luego de que la parte demandada haya ejercitado su derecho de defensa.

Con posterioridad a la contestación de la demanda, la SE.JU.CAI dictamina respecto del derecho aplicable en la situación planteada. En primer lugar, sostiene que el caso se encuadra en el artículo 2626 CCCN, que dispone que el divorcio se rige por la ley del último domicilio conyugal efectivo, es decir Chile.

Una vez investigado el derecho extranjero, a partir de la información oficial de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, se advierte que la Ley 19947, "Ley de Matrimonio Civil", promulgada en fecha 7 de mayo de 2004 y publicada el 17 mayo de 2004, en su Capítulo VIII regula lo atinente a los aspectos iusprivatistas internacionales bajo el Subtítulo: "De la Ley aplicable y del Reconocimiento de las Sentencias Extranjeras". En dicho apartado establece el artículo 81 lo siguiente: "Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se registrarán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile". Por otra parte, establece el artículo 83 del mismo texto legal: "El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción".

La doctrina chilena mayoritaria entiende e interpreta que corresponde "bilateralizar" los efectos previstos en dicha norma. Es decir, el alcance interpretativo dando prioridad a la conexión "lugar de celebración", implica que, si el matrimonio se ha celebrado en Argentina, los efectos se rigen por ley argentina.

En consecuencia, "nuestro derecho argentino en materia de divorcio internacional nos remite al derecho chileno en razón de haber estado allí el último domicilio conyugal efectivo de este matrimonio (artículo 2626); el derecho chileno hace regir al divorcio por el derecho del lugar de celebración (conforme lo interpreta la doctrina dominante de los artículos 81 y 83 de la Ley 19947 de Matrimonio Civil); el matrimonio se celebró en Mendoza, Argentina, corresponde aplicar el derecho nacional".

El tribunal judicial adhiere en todos sus términos al dictamen de la SE.JU.CAI. Siendo, entonces, de aplicación el derecho argentino, como consecuencia de un reenvío de primer grado (artículo 2596 CCCN), corresponde proceder a disolución del vínculo matrimonial.

En el caso “*Delaveris, Irene en J° 1339/16/1F / 29613 Bianchini, Sergio Luis c/Delaveris, Irene p/Acción relativa al régimen patrimonial del matrimonio p/ Recurso Extraordinario Provincial*”, del 1 de julio de 2020, la Suprema Corte de Justicia, Sala Primera, de la Provincia de Mendoza resolvió en relación a una controversia en materia de régimen patrimonial. Se trataba de un matrimonio entre un ciudadano argentino y una ciudadana griega celebrado en Grecia, en fecha 28 de diciembre de 1993, lugar donde vivieron los primeros años de su vida, y constituyen su primer domicilio común. Posteriormente volvieron a contraer matrimonio en Noruega, en fecha 17 de julio de 1998, pese a que el anterior no se hallaba disuelto. Luego se trasladaron a San Rafael y compraron una vivienda cuyo dominio fue inscripto a nombre de la demandada y donde convivieron hasta su separación de hecho, producida en junio de 2005. La demandada invocó que el bien inmueble tenía carácter propio, y con el fin de acreditarlo, aportó varias pruebas. Sin embargo, en la escritura omitió exponer que el inmueble fue adquirido con dinero proveniente de una donación efectuada por sus padres. En el proceso de divorcio, el Sr. Bianchini, peticiona que se califique y declare la ganancialidad del inmueble que constituyó la vivienda.

En primera instancia, el bien fue calificado como propio. Pero en segunda instancia se revocó la sentencia y se consideró la ganancialidad del bien.

Finalmente, la Corte Suprema de Mendoza, pese a que el primer domicilio conyugal se hallaba en Grecia (cuyo ordenamiento prevé el régimen de separación de bienes como regla), aplicó derecho argentino, por vía de un reenvío de primer grado (artículo 2596 CCCN) y de la cláusula de excepción (artículo 2597 CCCN) y, en consecuencia, concluyó que se encontraba probado el carácter propio del bien inmueble adquirido por la esposa³⁶.

La Corte provincial afirmó, en lo que aquí interesa, que: “el artículo 2596 del CCCN establece el mecanismo de reenvío denominado de referencia máxima (...) por el cual además de aplicar el derecho interno del estado de que se trate, también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Y además la misma norma da la solución para el caso de que el derecho extranjero reenvíe al derecho del país requirente al establecer que ‘si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino’. Es decir, la aplicación del derecho extranjero debe serlo analizando tanto el derecho interno de Grecia como el derecho internacional privado contenido en el cuerpo normativo de derecho civil de dicho país que recepte la norma referida a la substancia del caso”.

Si bien el superior tribunal recurrió al DIPr griego, se encontró “frente a la confrontación de la traducción oficial literal con las reglas explicitadas por la red judicial europea, -que también es de carácter oficial-, en tanto ambas no resultan coincidentes y conducen a la aplicación -en este caso concreto- de derechos disímiles:

(36) Un comentario completo del fallo en: CUERVO, Luis Horacio. “El Derecho Internacional Privado. Su vigencia judicial”, en *LLGran Cuyo* 2020 (septiembre), 2. Cita Online: AR/DOC/2904/2020.

para el portal e-justice al domicilio de San Rafael y por tanto derecho del foro local; por la traducción literal al domicilio en Grecia y en consecuencia derecho helénico”.

Por ello, y para concluir en la aplicación del derecho argentino, el tribunal complementó la fundamentación con la cláusula de excepción, entendiendo que el caso se encontraba más conectado con el derecho argentino.

XI. El reenvío en la fuente convencional

Los Tratados de Montevideo no contemplaron disposiciones específicas sobre reenvío³⁷. En tanto que en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana, tal como subraya Parra Aranguren, la CIDIP II sobre Normas generales se abstuvo de resolver el problema del reenvío por falta de consenso entre los participantes. Mientras que el proyecto de convención presentado por México preveía el rechazo del reenvío, la delegación argentina propuso adicionar al proyecto del Comité Jurídico Interamericano: “el juez de la causa podrá tomar en cuenta las normas de conflicto del Estado cuyo derecho resulte aplicable si ello condujere a la armonía internacional del caso”³⁸.

En relación con normas convencionales de alcance universal, el Convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero elaborado en el seno de las Naciones Unidas, celebrado el 20 de junio de 1956, en la ciudad de Nueva York, vigente en Argentina, en el artículo 6.3 admite el reenvío: “No obstante cualquier disposición de esta Convención, la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho Internacional privado de ese Estado”.

En la misma materia, en cambio, el artículo 4 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, no ratificado por nuestro país, rechaza el reenvío cuando se refiere a la ley *interna* del lugar de residencia habitual del acreedor con derecho rector de las obligaciones alimenticias.

De manera mucho más categórica, el artículo 12 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias excluye el reenvío: “En el Protocolo, el término ‘ley’ significa el Derecho en vigor en un Estado, con exclusión de las normas de conflicto de leyes”.

(37) El artículo 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 establece que: “La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”. De acuerdo a Alfonsín es un “reenvío aparente”, que en realidad respondió a la necesidad de acordar una solución de compromiso entre la posición uruguaya, contraria a la autonomía de la voluntad, y la postura argentina, favorable. Cfr. ALFONSÍN, Quintín. “Ensayo sobre el reenvío en Derecho Internacional Privado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nº 16, 1954.

(38) PARRA ARANGUREN, Gonzalo. “El reenvío en el Derecho Internacional Privado venezolano”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, nº 70, p. 158.

Por otro lado, el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte, no vigente, en su artículo 17, en similares términos, excluye el reenvío.

A su turno, el artículo 21 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños indica que “se entenderá por ‘ley’ el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes”. Pero, el segundo apartado, dispone que si la ley aplicable fuera la de un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado. Si este otro Estado no contratante no aplicaría su propia ley, se aplicará la ley designada por el art. 16 (la ley de la residencia habitual del niño).

En cambio, el artículo 19 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos vuelve a la postura de rechazo radical del reenvío: “A los efectos de este Capítulo, se entenderá por ‘ley’ el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes”.

En nuestra región, encontramos el art. 2º del Convenio bilateral argentino-uruguayo sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito y de su gemelo mercosureño de San Luis de 1996 que rechazan el reenvío, dado que prevén que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regula por el derecho *interno* del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente.

En materia contractual, es usual, como comentamos, el rechazo del reenvío.

Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V, México, 1994), en el artículo 17 dispone que para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

También en materia de contratos, los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales en su artículo 8 disponen que la elección del Derecho aplicable no incluye las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario.

En líneas generales, podemos colegir que en la fuente convencional prima el rechazo al reenvío. Esta clara predisposición desfavorable se explica por la sofisticación de las conexiones adoptadas por los tratados y por la preocupación de incrementar la previsibilidad de las soluciones. Además, también resulta necesario conciliar las posiciones hostiles al reenvío de muchos países, a la hora de negociar un convenio³⁹.

(39) KASSIR, Walid J. “Le renvoi en droit international privé – technique de dialogue entre les cultures juridiques”, en *Recueil des cours*, vol. 377, 2016, p. 59.

XII. El panorama en el derecho comparado

En el derecho comparado, encontramos legislaciones que admiten el reenvío y otras que lo rechazan. Nos referiremos solamente a algunas de ellas.

Entre las primeras, encontramos el art. 4º de la ley de Venezuela: “Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado. (...) Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho (...) En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto”.

También el Código de Panamá de 2014 lo acepta para algunas materias: “Artículo 6. Se reconoce el reenvío en materia de estatuto personal y bienes muebles cuando frente a la regla de conflicto para decidir sobre una relación jurídica de carácter internacional el juez establece como ley aplicable el derecho extranjero y este designa otro ordenamiento jurídico como derecho aplicable”.

El art. 18 del Anteproyecto de Ley de la República de Chile dispone que la remisión de la norma de conflicto chilena al derecho extranjero comprende también las normas de conflicto de ese derecho. Si el derecho extranjero reenvía al derecho chileno, se aplicará el derecho material chileno, con excepción de sus normas de conflicto (reenvío de primer grado). Si el derecho extranjero reenvía a un derecho distinto del chileno, se aceptará ese reenvío (reenvío de segundo grado); lo mismo ocurrirá con ulteriores reenvíos. Sin embargo, se aplicará el derecho material de aquel Estado cuyas normas de conflicto no reenvíen a otro derecho extranjero. Si en la cadena de reenvíos, alguno de los derechos designados reenvía, a su vez, al derecho de un Estado ya designado previamente en la misma cadena, se aplicará el derecho material de ese Estado. No se aplicará el reenvío cuando las partes han escogido el derecho aplicable a su relación jurídica y respecto de la ley aplicable a la forma de los actos.

Otros ordenamientos, aceptan el reenvío pero en forma más limitada. Por ejemplo, la ley italiana de 1995 dispone que “1. Cuando en los artículos sucesivos se recurre a la ley extranjera, se toma en consideración el reenvío efectuado por el derecho internacional privado extranjero a la ley de otro Estado: a) si la ley de ese Estado acepta el reenvío; b) si el reenvío se hace a la ley italiana. 2. La aplicación del Parágrafo 1 se excluye: a) en los casos en que donde las disposiciones de la presente ley declaran aplicable la ley extranjera sobre la base de la escogencia efectuada en este sentido por las partes interesadas. b) respecto a las disposiciones relativas a la forma de los actos con relación a las disposiciones del Capítulo XI, del presente Título. 3. En el caso de los artículos 33, 34 y 35, no se toma en cuenta el reenvío sino cuando él conduce a la aplicación de una ley que permita el establecimiento de la filiación. Cuando la presente ley declara, en todo caso, aplicable una convención internacional se sigue siempre, en materia de reenvío, la solución adoptada por la convención”.

A su turno, otros sistemas jurídicos adoptan como principio el rechazo, pero admiten excepciones. Es el caso de la Ley general de Derecho Internacional Privado de Uruguay (Ley 19920), en su art. 12 prescribe que cuando resultare aplicable el derecho de un Estado extranjero, se entiende que se trata de la ley sustantiva de ese Estado con exclusión de sus normas de conflicto. Esto es sin perjuicio de lo establecido a texto expreso por otras normas o cuando la aplicación de la ley sustantiva de ese Estado al caso concreto se torne incompatible con la finalidad esencial de la propia norma de conflicto que lo designa, de conformidad con lo establecido en el art. 11 y en las normas sobre derechos humanos de las que la República es parte. En materia contractual no habrá reenvío.

La doctrina uruguaya ha sido en general hostil al reenvío, siendo su postura que, cuando una regla de conflicto indica un derecho aplicable, la referencia es al derecho interno, material o sustantivo, con lo cual el problema que se presenta en el ámbito de DIPr queda solucionado definitivamente⁴⁰.

A su turno, la ley suiza de 1987 lo prevé exclusivamente en materia de estado civil: “1. Lorsque le droit applicable renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger, ce renvoi n’est pris en considération que si la présente loi le prévoit. 2. En matière d’état civil, le renvoi de la loi étrangère au droit suisse est accepté” (art. 14).

Por su parte, el Código belga de 2004 rechaza el reenvío, pero admite la posibilidad de disposiciones en contrario: “Au sens de la présente loi et sous réserve de dispositions particulières, le droit d’un Etat s’entend des règles de droit de cet Etat à l’exclusion des règles de droit international privé” (art. 16).

Otros ordenamientos son contundentes en el rechazo del reenvío. El Código de Quebec de 1991 es un buen ejemplo: “Lorsqu’en vertu des règles du présent livre la loi d’un État étranger s’applique, il s’agit des règles du droit interne de cet État, à l’exclusion de ses règles de conflits de lois” (art. 3080). También la Ley china de 2010: “The foreign law applicable to a foreign-related civil relation does not include the conflict rules of that country” (art. 9°).

El DIPr de la Unión Europea, tiende a rechazar el reenvío. De acuerdo a Calvo Caravaca y Carrascosa González, dos razones explican esta exclusión generalizada de los reglamentos europeos: “a) El legislador europeo entiende que las normas de conflicto europeas conducen en todo caso a la aplicación de la Ley del país más vinculado con la situación jurídica. Por ello, permitir el reenvío produciría el indeseable resultado de provocar la aplicación de una Ley imprevisible para las partes, de una Ley que no es la más vinculada con la situación, de una Ley que comportaría a las partes altos costes de información; b) El reenvío provoca inseguridad jurídica, de modo que su exclusión permite

(40) Ver SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley general de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2021, p. 369.

que la Ley reguladora de la situación jurídica sea la Ley material designada de modo directo por la norma de conflicto europea. De este modo, la norma de conflicto europea es previsible, certera y estable para las partes”⁴¹.

En efecto, el art. 20 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), prevé la exclusión del reenvío: “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”.

En igual sentido, el art. 24 del Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y el art. 11 del Reglamento (UE) No 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

En tanto que el Reglamento (UE) No 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Roma IV) acepta de manera limitada el reenvío. El art. 34 dispone que “1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley (...)”.

XIII. Tendencias modernas: la noción de reenvío funcional

El reenvío nace en el contexto del método clásico del Derecho Internacional Privado: el método conflictual o indirecto. Sin embargo, el pluralismo metodológico imperante en nuestros días le impone desafíos.

Tradicionalmente, como vimos, funcionaba como un correctivo en búsqueda de una mejor coordinación de sistemas jurídicos y para la armonización de soluciones.

No obstante, la crisis del conflictualismo clásico ha puesto en tela de juicio también al reenvío. En efecto, argumenta Angelo Davì en su Curso de la Academia de La Haya que: “Cette remise en cause des méthodologies traditionnelles a évidemment produit des effets négatifs sur la possibilité que le renvoi conserve intact

(41) CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, volumen 1, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 242 - 243.

le rôle important qui lui avait été largement attribué dans les systèmes de règles de conflit classiques”⁴².

De acuerdo al autor, esta situación se debe principalmente a que el reenvío constituye un instrumento de coordinación entre reglas precisamente de conflicto (neutras, abstractas, rígidas), provenientes de ordenes jurídicos divergentes, pero en la actualidad, se busca reducir este tipo de normas y sustituirlas por disposiciones materiales o por normas de reconocimiento, o bien matizarlas con orientaciones materiales, o flexibilizarlas a partir de cláusulas de excepción.

Ahora bien, lo dicho no implica un final inexorable para el reenvío. En palabras de Davì, “la doctrine s’accorde, en effet, à reconnaître que le renvoi ne souffre d’aucun mal d’origine interne et que les causes de la restriction de son rayon d’action, n’étant, au principal, que le fruit de l’évolution méthodologique actuelle du droit des conflits, se situent essentiellement à son extérieur. La portée de cette évolution est, d’autre part, limitée (...). Le problème des relations et de la coordination entre les divers systèmes de conflit continue partant à se présenter en large partie dans ses termes habituels (...)”⁴³.

El reenvío no es más considerado como una cuestión puramente teórica o lógica, sino como un problema de derecho positivo de diferentes sistemas estatales, que tiene por objeto la solución de ciertas dificultades reales de la vida jurídica internacional de las personas⁴⁴.

En efecto, hemos podido observar que un número significativo de ordenamientos jurídicos, se ocupan de legislarlo expresamente, ya sea para aceptarlo, rechazarlo, o admitirlo con limitaciones.

Podemos acordar que el reenvío, puede apreciarse, más que como un mecanismo para privilegiar la aplicación del derecho del foro, encumbrando el reenvío de primer grado como el más utilizado por los tribunales, como un instrumento excelente que simboliza y materializa el diálogo de culturas, el respeto de las diferencias, y la búsqueda de los intereses comunes⁴⁵.

En similar sentido, la doctrina más prestigiosa concibe al reenvío como un instrumento que sólo debe operar para conseguir un resultado más justo en el caso concreto. No tiene un funcionamiento automático o abstracto. Es el llamado reenvío funcional o reenvío *ad favorem*.

(42) DAVÌ, Angelo. “Le renvoi en droit international privé contemporain”, en *Recueil des cours*, Volumen 352, 2012, p. 35.

(43) *Ibidem*, p. 360.

(44) *Ibidem*, p. 24.

(45) KASSIR, Walid J. “Le renvoi en droit international privé - technique de dialogue entre les cultures juridiques”, en *Recueil des cours*, Volumen 377, 2016, p. 20.

De acuerdo a Carlier, el reenvío no debe ser una teoría general impuesta o prohibida, sino una técnica al servicio de determinados fines para atender ciertos resultados, mediante una aplicación selectiva. De acuerdo al autor que se ocupa del instituto en materia de adopción internacional, “más allá del deseo de armonía internacional, la decisión sobre la adopción responde así a la realidad de la vida más que a la abstracción teórica. Ella conforma, así a la verdadera vocación del reenvío: técnica funcional más que teoría general (...)”⁴⁶.

Asimismo, de acuerdo a Audit y d’Avout, es imposible adoptar una posición global de aceptación o de rechazo. En definitiva, la admisión o el rechazo dependen de la materia en cuestión y de consideraciones subyacentes a la norma de conflicto, es decir que corresponde recurrir a un razonamiento funcional. En sus propias palabras: “l’attitude à suivre à l’égard du renvoi ne dépend pas de l’interprétation de la règle de conflit abstraitement considérée comme instrument général de solution des conflits de lois, ainsi que le voulait l’approche traditionnelle, mais de l’interprétation téléologique de *chaque* règle de conflit. Plus précisément, les considérations présidant au choix du rattachement dans une matière donnée doivent inspirer la solution au problème du renvoi”⁴⁷.

Con un parecer semejante, se pronuncia Walid Kassir, Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Saint-Joseph (Beirut), tras un análisis de derecho comparado proveniente de distintas culturas jurídicas: “s’il apparaît, de nos jours, qu’il faut éviter d’avoir une attitude dogmatique et rigide face au renvoi, il est indéniable que c’est là une technique légitime et utile du droit international privé, notamment parce qu’elle permet d’atteindre un des objectifs majeurs de ce droit, l’harmonie internationale des solutions et favorise, aussi, du même coup, la prévisibilité dans les relations privées internationales”⁴⁸.

En la doctrina local, Adriana Dreyzin de Klor sostiene que “el reenvío no es una solución integral, ni general, tampoco un mecanismo automático, es solamente un instrumento al servicio de una mejor aplicación de las normas de conflicto y así lo entendió el legislador nacional cuando incorpora una norma en el sistema argentino que lo recepta con limitaciones”⁴⁹.

Asimismo, María Susana Najurieta, en relación al Derecho Internacional Privado de la infancia, sostiene: “no obstante la expresión aparentemente rígida del art. 2596 del Código Civil y Comercial, su aplicación concreta en casos regulados

(46) CARLIER, Jean Yves. “Le renvoi fonctionnel au service de l’adoption internationale”, en *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1998, nº 4, p. 677.

(47) AUDIT, Bernard - D’AVOUT, Louis. *Droit International Privé*, 8a edición, LGDJ, Paris, 2018, pp. 261-262.

(48) KASSIR, Walid J. *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Bruylant, Delta, LGDJ, 2002, p. 111.

(49) DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho internacional privado actual*, tomo 1, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015, p. 235.

en las Secciones 5 a 8 del Título IV del Libro Sexto, deberá efectuarse teniendo en cuenta las palabras y la finalidad de la norma en cuestión, así como los principios y valores jurídicos comprometidos (art. 2º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación)⁵⁰.

XIV. Conclusiones

Hemos considerado oportuno profundizar y revisar este problema clásico del Derecho Internacional Privado del sector del Derecho aplicable, a la luz de las tendencias actuales, que exigen repensar los conceptos tradicionales, creados en tiempos de un sistema conflictualista puro, integrado por una totalidad de normas indirectas rígidas y abstractas.

Asistimos a un Derecho Internacional Privado, sin dudas, más complejo porque tiene que responder a casos pluriconectados cada vez más frecuentes propios de una sociedad global, integrada a la par que multicultural. La pluralidad de sectores y de finalidades; el dialogo de fuentes; el pluralismo metodológico; la dilución entre lo público y lo privado; el inevitable avance de la autonomía de la voluntad, incluso en ámbitos otrora insospechados; la importancia del “conflicto de jurisdicciones” aún por sobre el clásico “conflicto de leyes”; el rol protagónico de la cooperación jurídica internacional, así como la materialización de sus soluciones principalmente como consecuencia del debido respeto a los derechos humanos, son algunas de las características que hoy guían al Derecho Internacional Privado.

A la luz de estas tendencias, es necesario estudiar y comprender el instituto del reenvío. No puede constituirse en un mecanismo automático, que derive las más de las veces en la aplicación del derecho local y se convierta en un mero instrumento para evadir un derecho extranjero que puede encontrarse más y mejor conectado, que no solamente puede ser una ley más próxima, sino que también puede alcanzar un resultado más justo.

Sin embargo, el reenvío puede ser, también, un salvoconducto para alcanzar la legítima y deseada coordinación de sistemas, y también en algunos casos, para llegar a soluciones más justas y razonables.

En suma, la idea de un reenvío funcional, selectivo, no mecánico, parece erigirse en una variante más apropiada para el Derecho Internacional Privado del Siglo XXI.

(50) NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 41, N° 93, 2016 II, p. 153.

XV. Bibliografía

ALFONSÍN, Quintín. "Ensayo sobre el reenvío en Derecho Internacional Privado", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nº 16, 1954.

ALL, Paula - ALBORNOZ, Jorge. "Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 1: Disposiciones generales", en RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

AUDIT, Bernard - D'AVOUT, Louis. *Droit International Privé*, 8a edición, LGDJ, Paris, 2018.

BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado y Derechos Humanos*, 7ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis - CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, volumen 1, 18ª edición, Comares, Granada, 2018.

CARLIER, Jean Yves. "Le renvoi fonctionnel au service de l'adoption internationale", en *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1998, nº 4.

DAVÌ, Angelo. "Le renvoi en droit international privé contemporain", en *Recueil des cours*, tomo 352, 2012.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho internacional privado actual*, tomo 1, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015.

FEUILLADE, Milton César. *Derecho Internacional Privado. Parte General. Teoría tripartita, dinámica y tridimensional*, Astrea, Buenos Aires, 2020.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, Décima Edición, Ed Depalma, Buenos Aires, 2009.

HOOFT, Eduardo R. *El Derecho Internacional Privado al alcance de todos*, Ed. Eudem, Mar del Plata, 2012.

JORGE, Manuel. *Les rattachements alternatifs en Droit International Prive*, tesis de doctorado dirigida por Paul Lagarde, Universidad de Paris I, 1988, p. 141. Disponible en: <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01116739/document>

KASSIR, Walid J. "Le renvoi en droit international privé – technique de dialogue entre les cultures juridiques", en *Recueil des cours*, Volumen 377, 2016.

KASSIR, Walid J. *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Bruylant, Delta, LGDJ, 2002.

LEWALD, M. Hans. "Règles générales des conflits de lois (Contribution à la technique du droit international privé)", en *Recueil des cours*, Volumen 69, 1929.

NAJURIETA, María Susana. "Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 41, Nº 93, 2016 II.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "El reenvío en el Derecho Internacional Privado venezolano", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, nº 70.

SANTOS BELANDRO, Rubén. *Ley general de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2021.

SCOTTI, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019.

UZAL, María Elsa. *Derecho Internacional Privado*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2016 (versión e book).

WEINBERG, Inés M. *Nuevo Derecho Internacional Privado*, Erreius, Buenos Aires, 2021.

LA INTERPRETACION OPERATIVA*

THE OPERATIONAL INTERPRETATION

Ernesto Abril**

Resumen: En el presente trabajo pretendo determinar un marco conceptual que pueda servir como modelo descriptivo del desarrollo de la *litis* entendida como un sistema de comunicación y transmisión de información. Durante su desarrollo muestro la utilidad de entender una compleja cantidad de problemas que se presentan en la interpretación dentro de un contexto propio de la actividad jurisdiccional.

Palabras-clave: *Litis* - Interpretación - Modelos.

Abstract: In this paper I intend to determine a conceptual framework that can serve as a descriptive model of the development of the *litis* understood as a system of communication and transmission of information. During its development, I show the usefulness of understanding a complex number of problems that arise in the interpretation within a context of jurisdictional activity.

Keywords: *Litis* - Interpretation - Models.

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos. III. Las normas. IV. La Decisión. V. Conclusión.

I. Introducción

Durante esta exposición esbozo un marco teórico conceptual que sirva de modelo para describir el desarrollo de una *litis* como un sistema de comunicación o transmisión de información¹.

* Trabajo recibido el 8 de marzo de 2022 y aprobado para su publicación el 25 de marzo del mismo año.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba- Argentina. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Catedrático de Introducción al Derecho de la misma Facultad, Investigador con Categoría I CONEAU.

(1) Hay mucha divulgación de esta idea pero fue el primer expositor de la misma WROBLEWSKY, Jerzy (1972), *Sistema*, No. 1. Del mismo modo, en *Sentido y Hecho en el Derecho*, Traducción de Igartúa Salaverría, San Sebastian, Universidad del País Vasco (1989), pp. 62 y ss.

Pretendo que el mismo sea útil para entender la multiplicidad de problemas que este tipo de interpretación plantea por darse en un contexto decisorio y como parte de una actividad jurisdiccional. Hasta donde llega mi conocimiento, no existe mucha precisión respecto de lo que debe entenderse por interpretación del derecho y menos aún, qué función pueden desempeñar las diferentes propuestas de lo que denominamos “modelos de interpretación”.

Juristas y filósofos del derecho suministran caracterizaciones diversas sobre problemas generados por este tipo de interpretación. Algunos estiman que el problema reside en el conocimiento de la ley o el conocimiento del derecho. Por ello, los problemas de la interpretación versarían sobre cuestiones epistemológicas o lógicas².

Por el contrario, otros niegan esta versión y sostienen que los problemas de interpretación no radican en la búsqueda de conocimiento, sino que están relacionados con el logro de una decisión dentro de un marco de valores. Se trataría de determinar los valores morales, políticos o pautas axiológicas, verificables en determinadas situaciones sociales, que proporcionen fundamento a las decisiones³.

Kelsen sostuvo que los problemas de interpretación judicial no tienen relación con la objetividad del conocimiento ni con la determinación de valores. Para dicho autor, el problema de la interpretación se relaciona con la cuestión de justificar racionalmente el ejercicio de un poder autocrático. Esto es así, porque los jueces en el ejercicio de esta actividad, actúan como órganos autónomos del Estado lo cual implica que, en tanto miembros de un poder judicial independiente, su actividad no está sujeta al control de las partes en litigio, que pueden ver afectados sus intereses como consecuencia de la decisión. Por tanto, el problema de la interpretación consiste en justificar socialmente esa modalidad de ejercicio del poder⁴.

Kelsen cierra la cuestión apelando a la noción de poder normativo soslayando, de ese modo, las dificultades que plantea el abordaje de la cuestión desde una perspectiva interpretativa. Por su parte, Cossio propone indagar en la subjetividad del juez extendiendo la cuestión a los complejos problemas de una explicación intencional de la acción decisoria. Se ha demostrado por diversas investigaciones que la aplicación de formalizaciones cibernéticas y de procedimientos de la teoría de

(2) SOLER, Sebastián (1972). *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, pp. 152 y ss. Tiene nueva edición con el mismo título (2017), Editorial Olejnik, Colección de Filosofía del Derecho, Buenos Aires. En ambas ediciones sostiene que la interpretación es una típica actividad intelectual.

(3) COSSIO, Carlos (1969). “La Causa y la Comprensión en el Derecho”, *Estudios Ecológicos Fundamentales*, No 7, Juárez Editor, Buenos Aires, pp.108 y ss. También interesa de este expositor junto con Hans Kelsen, el siguiente texto: COSSIO, Carlos - KELSEN, Hans (1952). *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura*, Editorial Guillermo Krafz Ltda, Buenos Aires.

(4) KELSEN, Hans (1934). *Reine Rechtslehre*, 2° edición de 1960, traducción al castellano de Roberto Vernengo, *Teoría pura del derecho*, Porrúa-UNAM, México, D. F., pp. 245 y ss.

sistemas a la explicación del fenómeno social bajo análisis puede dar una respuesta satisfactoria⁵.

Diversos abordajes muestran que los problemas involucrados en la interpretación del derecho son dispares y comprenden tanto la elucidación de propiedades valorativas como la justificación política del ejercicio de un poder. En consecuencia, este género de interpretación se presenta como muy complejo y de difícil delimitación conceptual.

Por ello, incluiré en el análisis estos aspectos de la actividad de interpretación judicial por medio de un modelo que dé cuenta de la diversidad de cuestiones vinculadas al proceso interpretativo, enfocado en la descripción de la práctica jurisdiccional consistente en la aplicación del derecho o más precisamente, en la resolución de un caso particular. De allí que solo tangencialmente haré referencia a la perspectiva de la dogmática al sostener que aplicar las normas, en tanto se presentan como textos jurídicos, consiste en captar su sentido lingüístico. Resulta obvio que concebir la actividad interpretativa no resuelve por sí sola un caso concreto, sino que, por el contrario, solo intenta establecer criterios para la delimitación de casos genéricos posibles.

Dentro de la interpretación operativa es posible ordenar su estudio y separar aspectos que, en un enfoque demasiado general, se presentarían borrosos y se prestaría a una excluyente atención que puede conducir a una caracterización del proceso que resalte el aspecto específico que el investigador prefiera analizar.

II. Los hechos

La idea es relativamente sencilla. Se trata de una descripción de la forma de procesar la información que el órgano judicial competente recibe y el producto que resulta de ese procedimiento el cual, finalmente, se presenta como una decisión que el Juez formula. El final de este proceso suele denominarse *interpretación* de los hechos del caso concreto como elucidación del derecho aplicado⁶.

Es posible que una descripción tal se considere incompatible con ciertos prejuicios sociales que poseemos al describir la cuestión como una simple transferencia de información. El sostenimiento de estos prejuicios, es determinante del prestigio que reviste la función jurisdiccional. Por ello, resulta común observar al Juez como un eslabón más de un sistema que procesa información. Así se suele decir que "*el juez es mera boca de la ley*". Cualquiera sea el estereotipo, lo cierto es que la función jurisdiccional tiene profusa relación con los procesos comunicativos y, por ende,

(5) Vid: VON WRIGHT, Georg Henrik (1980). *Ensayos sobre Explicación y Comprensión*, Alianza Editorial S.A., Madrid, pp. 141-182.

(6) Vid: CARACCILO, Ricardo (2013). "El problema de los hechos en la justificación de sentencias", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 38, abril, pp.13-34, Instituto Autónomo de UNAM, México DF. Se trata de una amplia y precisa descripción de lo expuesto en el presente apartado.

con el lenguaje. Aparece como un sistema social destacado en el uso de símbolos, mediante los cuales una cierta comunidad trasmite y comparte o no, ciertos mensajes, tanto por su contenido fáctico como político.

En un sistema procesal como el vigente en Argentina, tanto la información fáctica como la normativa ingresan al proceso de interpretación judicial, ya elaboradas. El juez no presencia los hechos como testigo, si fuera así no podría ser juez de la causa. Es característica de nuestro sistema la prohibición de que el juez invoque un conocimiento directo y personal de los hechos, porque existe la pretensión que su apartamiento de los hechos garantiza una posición de imparcialidad. Sólo las partes en litigio, los peritos, etc., estarán habilitados a incorporar información en el debate. De modo que tanto los elementos fácticos como los normativos llegan al juez ya sometidos a transformaciones previas.

Con tales limitaciones se pretende preservar ciertas garantías procesales: igualdad entre las partes, igualdad de oportunidades procesales que mantengan cierto orden que se conjetura valioso por razones ajenas a las de cualquier otro proceso comunicativo.

¿Qué queremos expresar cuando alegamos que, para resolver un caso concreto, el juez conoce o debe conocer los hechos?

Afirmamos que recibe una importante cantidad de información, con diversos grados de articulación y sensibilidad. Es una información que el juez seleccionará y lo hará no exclusivamente con criterios pragmáticos sino con otros que corresponde analizar y son determinantes para su decisión. Es posible que en muchas ocasiones no sea dable ni enumerar ni precisar cuáles son esos factores (v.g.: el caso del juez lego que juzga “a buen saber y entender”).

En el siguiente paso, se sostiene que el conocimiento personal del juez, desempeña funciones de filtro o de ruido en la comunicación que las partes y otros emisores efectúan con relación a los hechos del caso. Este filtro subjetivo difiere de otros que están objetivamente establecidos por las normas procesales. Suele aludirse a ellos como sus valoraciones personales, su sentido de justicia, su ideología, etc. Por el contrario, los filtros procesales son públicos y conocidos desde el inicio por los emisores principales de la información sobre los hechos: partes, peritos, testigos, etc. Tales conjuntos de procedimientos son considerados por la ideología oficial como la única fuente relevante de información que permite eliminar posibles inconsistencias que provengan de información que llegue al juez por canales no reconocidos.

En buena medida, la novedad que traducen las escuelas del Derecho Libre o Realista, consiste en destacar la existencia de esos canales no reconocidos y su importancia en la elaboración judicial de la información fáctica⁷.

(7) Para citar algunas referencias a las Escuelas del Derecho libre: DE PRADA GARCÍA, A. (2001). “Por un modelo de jurista: El movimiento del Derecho Libre”, *Boletín de la Facultad de Derecho*,

III. Las Normas

Algo similar sucede con la información normativa. En nuestro caso, el derecho escrito encomendado a órganos de diversos grados jerárquicos, es recibido por el juez bajo un complicado proceso de elaboración. El juez conoce sobre los hechos que constan en autos y sobre las normas que hayan sido publicadas de cierta forma o acreditadas de determinada manera.

Es normal que la forma de encarar el estudio de estos problemas de la interpretación, tienda a subrayar uno u otro de los aspectos que el sistema ofrece. Y de este modo, el modelo simple permite soslayarlos para su análisis.

Para algunos juristas, como es el caso de Sebastian Soler, interpretar resulta sinónimo de conocer o dar un cierto sentido a los hechos - tipicidad. Es como si el juez, a resultas de su conocimiento de los hechos y la información recibida, procede a declarar "la verdad" sobre el caso. Según esta orientación, las normas son hipótesis presupuestas dogmáticamente, de modo que estableciéndose cuáles son los hechos, la aplicación de una u otra norma puede incluso llegar a realizarse en forma mecánica⁸.

Otras teorías a pesar de tener una orientación parecida, no obstante, señalan que el sistema de transformación de la información en que el juez actúa nunca es tan simple. Para aplicar normas que dogmáticamente acepta, el juez debe elaborar una información fáctica que se presenta sumamente compleja. A este modo de interpretar los hechos se suele aludir como un fenómeno de comprensión de acciones humanas que no puede lograrse mecánicamente⁹. De allí que las acciones humanas no pueden captarse con métodos cognitivos simples sino mediante métodos cuya objetividad resulta difícil, sino imposible de lograr, siendo esta la referencia de Dilthey o de Weber, la intuición de Bergson, o la de los *realistas norteamericanos*¹⁰.

Finamente, otras teorías - en especial, *Kelsen* - tiende a no destacar los elementos que juegan en la elaboración de la información tanto fáctica como normativa, para subrayar el proceso eferente, es decir, el que concluye con la decisión judicial. Interpretar derecho es, radicalmente, hacer una sentencia, tomar una decisión, resolver un caso. No sabemos qué sucede en la mente del juez durante este proceso,

Nº 18, Universidad Nacional a Distancia, pp. 14-47; EHRlich, E. (2005a). "Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre", en *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid; ROSS, A. (2007). *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; SÁNCHEZ CASTAÑEDA, A. (2006). "Los orígenes del pluralismo jurídico", en *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morinea*, UNAM, México.

(8) SOLER, Sebastián, cit., pp.152-154.

(9) COSSIO, Carlos, cit., pp.125, 153, 155.

(10)El tema sobre el concepto de "comprensión" (Verstehen), fue introducido por ABEL, Theodore (1953). "The Operation Called 'Verstehen'", en Feigl, H. - Brodbeck, M. (Compiladores), *Readings in the Philosophy of Science*, Appleton Century-Crofts Inc., Nueva York.

no interesan los factores psicológicos o gnoseológicos que puedan explicar lo que sucede en su mente durante este proceso. Lo que importa no es otra cosa que aquello que el juez declara al resolver un caso. Se califica esta postura como voluntarismo¹¹.

Todas estas inclinaciones tendientes a destacar uno u otro fragmento del modelo de interpretación operativa – como comprender los hechos, como conocer el derecho o como adopción de una decisión – tienen componentes ideológicos.

Las posturas descriptas precedentemente imposibilitan realizar una visión unitaria de las cuestiones suscitadas y avanzar en una única y universal solución – posiblemente utópica – de los problemas de la interpretación operativa.

Expuse que el Juez ocupa un lugar preponderante de observador y participante del proceso de ingreso de información fáctica y normativa dentro de la causa concreta que debe resolver. Al elaborar esa información que ingresa al proceso se observa una transformación de salida que es producto de una cierta actividad interpretativa llevada a cabo por el órgano jurisdiccional.

IV. La decisión

¿Qué corresponde explicar respecto de este último tramo del proceso? ¿En qué consiste efectivamente el momento decisorio?

Tradicionalmente se pueden verificar dos líneas teóricas que pretenden explicar la decisión jurisdiccional. Ambas son de tipo ideal:

Una de ellas, lo considera como la obtención – si se quiere mecánica – de ciertas conclusiones que se deducen a partir de premisas aceptadas, es decir, de un *proceso lógico y puramente intelectual*.

Otras, caracterizan al acto jurisdiccional como *un momento puramente irracional*, dentro del cual juega un rol preponderante el arbitrio del juzgador, su instinto axiológico, su “olfato jurídico” y otra serie de supuestas capacidades que escapan a cualquier control racional.

De este carácter singular que se asigna a este tipo de acción interpretativa que se plasma en la sentencia judicial, se infiere que se trata de un hecho fáctico y singular de la historia del mundo. De allí que, si la interpretación operativa se presenta como una serie de actos idiosincráticos de los órganos decisorios, conocer el derecho sería historiar los profundos argumentos que justifican esa actividad jurisdiccional o buscar pautas que permitan prever, en alguna medida, el comportamiento futuro de los mismos en los casos concretos en que intervendrán. Estamos aquí, en el terreno de las ideologías y no, en el de las ideas científicas.

(11)KELSEN, Hans, cit., pp. 245 y ss.

¿Cuáles son entonces los procesos de elaboración de la información que satisface las relaciones previsibles entre el conjunto de información de entrada y el conjunto que constituye la parte resolutive de la sentencia?

Es obvio que la cuestión no es precisa, sobre todo en los casos extremos en los cuales la predicción de esa resolución tiene una probabilidad ínfima o carece de especificidad suficiente. Sin embargo, la sentencia dictada al margen de los hechos y los antecedentes, es normalmente calificada de arbitraria por nuestra CSJN. Además, existen presiones sociales que pesan sobre el Juez y bajo tal situación, dictan sentencias que, por lo general, guardan relaciones verificables con los hechos conocidos y las normas precedentes.

Satisfacer esa doble relación es condición necesaria para que el producto del proceso de interpretación se entienda como una sentencia. Se trata de un proceso atravesado por la racionalidad, en el sentido de que la sentencia contendrá un subconjunto de enunciados cuyo destino es expresar la relación que ella mantiene, o parte de la misma, con lo que he denominado conjunto de inicio del proceso de interpretación.

Afirmar que una sentencia es racional implica que satisface ciertos requisitos mínimos o si se prefiere, definitorios.

Transitividad: Esto quiere decir que para que una sentencia satisfaga exigencias de racionalidad resulta necesario contar con algún criterio de ordenación que permita situar, en una secuencia transitiva, el conjunto de decisiones que se efectúen para llegar a la parte resolutive. Si todo da igual, no existiría posibilidad de diferenciar decisiones racionales de aquellas que no lo son. Si careciéramos de ordenación transitiva, el requerimiento de racionalidad no podría cumplirse.

Para que un juez pueda establecer su sentencia como una opción interpretativa, tanto en lo referente a los hechos como a las normas, frente a otras alternativas posibles, requiere que el criterio de ordenación se exprese con absoluta precisión. Tal descripción del razonamiento judicial bajo la forma de una inferencia práctica presta utilidad como exigencia mínima de imparcialidad, pero no debe difuminarse la distinción entre razonamiento en ciencias naturales y en ciencias sociales, pues esa perspectiva conduce a restringir nuestra comprensión de la manera en que el juez puede asumir racionalmente la tarea de hacerse cargo de la resolución de conflictos.

El criterio de transitividad es la mínima exigencia relevante porque si carecemos de criterios de orden, no se podrá dar razones valorativas, para justificar que nos inclinemos a favor de una opción frente a otras. Una decisión axiológica, una opción política, etc., sólo tiene algún sentido razonable en la medida en que contemos con algún patrón que permita establecer, en una serie de opciones posibles, cuál resulta ser la mejor. Es un criterio modesto, un mero criterio de orden circunstancial que no es aplicable en todos los casos. Una decisión es útil cuando produce el máximo de consecuencias positivas factibles.

En determinados casos de asuntos pecuniarios se presentan diversas alternativas, algunas de las cuales pueden ser en abstracto mejores, pero sin que sus resultados sean preferibles. De allí que, tratar de lograr el resultado óptimo no es algo que dependa exclusivamente del patrón estimativo, sino que pasa a depender, de manera relevante, de las circunstancias reales (fácticas) en que la decisión se introduce. Una decisión no será apropiada si trata de imponer un criterio de bondad que torna ilusorio el objetivo que se persigue. Lo razonable será escoger la alternativa que produzca el resultado óptimo en determinadas circunstancias fácticas.

Los criterios de transitividad y utilidad del resultado son pautas básicas para juzgar la *racionalidad* de una decisión. En efecto, la exigencia de racionalidad puede estar condicionada a la incidencia efectiva de la decisión en un universo social. La posibilidad de apreciar dicha incidencia requiere de criterios de evaluación entre alternativas posibles que permitan determinar las consecuencias fácticas del cambio que la decisión jurisdiccional opere en la realidad. La alternativa más útil será la que conduzca a la decisión que dé mayor satisfacción al requisito de *razonabilidad*.

Suele ocurrir que la solución óptima resulte inalcanzable debido a las circunstancias de hecho que rodean el caso y, en consecuencia, el juez tiene que apelar a un criterio ulterior para evaluar la incidencia de su resolución. En esos casos deberá procurar disminuir los efectos perjudiciales de su decisión, pues la razonabilidad dependerá de soluciones que minimicen los malos resultados.

La elección que haga el juez entre diferentes opciones de resolución disponible dependerá, también, de los criterios que adopte sean aquellos socialmente aceptados para ser usados en casos análogos. En tal sentido, la discrecionalidad del juez se encuentra en esos casos restringida por deberes provenientes de convenciones vigentes dentro del marco social.

De lo dicho se infiere que la interpretación operativa se presenta en el contexto de un juego social de carácter ritual al que denominamos “*litis*” y que se caracteriza por ser un juego asimétrico. Cabe señalar que, cuando los individuos optan por someter la resolución de sus conflictos apelando a la intermediación de los órganos judiciales, ponen en funcionamiento un dispositivo social por el cual, el conflicto se torna relativamente generalizado. De esta manera es que resulta frecuente que quienes ingresan en el proceso siempre pretendan que el juez obre con imparcialidad o, de otra manera, que sus propios intereses no interfieran, o no lo hagan de modo excesivo, en el procesamiento de la información proporcionada al inicio y durante el posterior desarrollo de la *litis*.

Como es sabido, esta última procura neutralizar la asimetría de este juego de suma cero por intervención de un tercero – juez – con el propósito de garantizar la igualdad entre las partes al resolver el litigio. Sin embargo, el logro de esta finalidad es mucho más complejo de lo que parece. En efecto, si bien a nivel teórico es presentado como una forma de neutralidad que resguarda los visos de racionalidad por la imparcialidad atribuida a quien define el resultado del pleito y, adicionalmente,

por la utilidad que presta para disminuir la extrema contingencia de la acción social conflictiva, las reglas procesales que guían la actividad del juez pueden llegar a distribuir el poder entre quienes litigan de forma desigual cuando una de las partes, por su posición social, recibe y controla un mayor flujo de información, es decir, que dentro del grupo social posee un mayor poder.

La sentencia que define o da solución a la causa es lograda, además del establecimiento de reglas procesales, por la implementación de ciertas estrategias alternativas cuyo conjunto también se encuentra establecido de antemano. Se trata de reglas de segundo orden dentro de la *litis* que se modifican con los cambios estructurales y culturales de la propia sociedad (ordalías, adivinación, azar, etc.). Los derechos positivos modernos han ido creando un sistema de control social relativamente racional por medio de estrategias que permiten que el flujo de la información y su posterior elaboración no den lugar a distorsiones excesivas, aunque, como técnicas empíricas, dotadas de alguna objetividad, no siempre son susceptibles de ser aplicadas por los jueces.

A modo de control, el juez debe indicar a las partes cuales son los criterios y estrategias que utiliza para optar por la solución que pone fin al conflicto. A tal fin, el juez invocará antecedentes de la ley, ciertas bondades sociales de la solución que propicia o una autoridad lingüística, lo que implica establecer expresamente su estrategia interpretativa.

V. Conclusión

En síntesis, los litigios judiciales son un juego que no posee simetría. El órgano estatal no se limita simplemente a formular la decisión definitiva, sino que es parte, junto con quienes litigan, en la distribución final de las partidas. Optar por el proceso judicial no es buscar una solución teórica, sino poner en funcionamiento un mecanismo social por medio del cual, el conflicto se generaliza por la intervención de un tercero, un órgano jurisdiccional. El costo de este juego se incrementa y es necesario tomar en cuenta que los intereses son distintos de los que se contraponían originariamente entre las partes. Esto es solapado ideológicamente con la pretensión de imparcialidad atribuida al juez. No obstante, tal pretensión ha perdido fuerza en la actualidad debido a la creciente demanda de independencia del poder judicial, la que ha ido ampliando el protagonismo de los jueces en desmedro de una distribución equilibrada de los poderes del Estado. Esta circunstancia, cuyo análisis excede los límites de mi exposición, plantea la cuestión, abierta a discusión, sobre los métodos a implementar para el control jurídico del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales¹².

(12)Vid: SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto (1996). "Jurisdicción", en *El derecho y la justicia*, Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Editorial Trotta, Consejo de Investigaciones Científicas, *Boletín Oficial del Estado*, pp. 221/230.

ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN DERECHO ROMANO CLÁSICO*

ACQUISITION OF PROPERTY UNDER CLASSICAL ROMAN LAW

*José Antonio González Romanillos***

Resumen: En el presente trabajo se realiza un análisis de las distintas formas de adquirir la propiedad que existían en Roma en la época clásica. Además, también se hace alusión a las distintas soluciones que se han adoptado en los códigos europeos modernos sobre las cuestiones que más problemas planteaban ya desde la época romana.

Palabras-clave: Adquisición de la propiedad - Modos originarios - Modos derivativos - Derecho romano clásico.

Abstract: This paper analyses the different ways of acquire property which existed in ancient Rome. Furthermore, there are also allusions to the different solutions which have been adopted in modern European codes for the more problematic problems already presented in Roman times.

Keywords: Acquisition of property - Original means of acquiring property - Derivative means of acquiring property - Classical Roman law.

Sumario: I. Introducción. II. Modos originarios de adquirir la propiedad. III. Modos derivativos de adquirir la propiedad.

I. Introducción

El ordenamiento jurídico romano conoció en época clásica diversos tipos de propiedad: la propiedad civil (*dominium ex iure Quiritium*), la propiedad pretoria (*in bonis habere*), la propiedad provincial (*possessio vel ususfructus*) y la propiedad

* Trabajo recibido el 1 de abril de 2022 y aprobado para su publicación el 24 del mismo mes y año.

** Licenciado en Derecho (Premio extraordinario de Licenciatura) por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Doctor por la UCM (Premio extraordinario de Doctorado) con la tesis *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Sila* (2002). Profesor Titular de Derecho Romano e Historia del Derecho en la UCM. Miembro de diversos Proyectos de investigación, tanto nacionales como internacionales, ha realizado estancias de investigación en distintas Universidades europeas (Florencia, Múnich, Friburgo y Heidelberg) y ha desarrollado tareas docentes como profesor invitado en la Universidad de Heidelberg.

peregrina. Estas tres últimas formas de dominio surgieron por necesidades prácticas tomando como punto de referencia el *dominium ex iure Quiritium*, que, por otra parte, fue el primer tipo de propiedad conocido en Roma. Parece, en consecuencia, pertinente comenzar la exposición por el análisis de la propiedad civil.

El *dominium ex iure Quiritium* es la forma de propiedad reconocida y regulada por el *ius civile vetus*, por el antiguo Derecho civil. Es, por tanto, el Derecho de los antiguos ciudadanos romanos (los quirites), y como consecuencia de ello sólo estos pueden ser titulares del *dominium ex iure Quiritium*.

Pueden ser objeto de la propiedad civil todas las cosas que están en el comercio (*res in commercio*), tanto muebles como inmuebles. Respecto a estos últimos, sólo pueden ser objeto de *dominium ex iure Quiritium* si se hallan situados en suelo itálico (y los fundos provinciales con *ius italicum*). Como decía, no pueden ser objeto de la propiedad civil las *res extra commercium*, es decir, las cosas pertenecientes al pueblo romano (*res publicae*), como los puentes, las plazas, los teatros, etc., las cosas de uso común (*res communes omnium*), como el aire, el mar, los ríos, etc., y, finalmente, las cosas afectadas al cumplimiento de una función religiosa (*res divini iuris*), como, por ejemplo, las cosas destinadas a cumplir una función de culto o enterramiento¹.

Se denominan modos de adquirir la propiedad, y nos centramos ya en el objeto de este estudio, a aquellos hechos o actos jurídicos a los cuales el ordenamiento jurídico atribuye el efecto de adquisición de un derecho de propiedad por parte de un sujeto.

Las fuentes romanas distinguen distintos modos de adquirir la propiedad, algunos de ellos *iuris civilis* y otros *iuris gentium* o *naturalis*. La diferencia reside en que los primeros están reservados a los ciudadanos romanos, siendo los segundos, puesto que forman parte de la cultura jurídica común a todos los pueblos, accesibles también a los extranjeros. Son modos de adquisición *iuris civilis* la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *usucapio*. Son *iuris gentium* o *naturalis* la ocupación, la accesión, la especificación, la *traditio* y la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe².

La tradición romanística, sin embargo, ha elaborado con base en las fuentes romanas una distinción entre modos de adquirir la propiedad originarios y deriva-

(1) Dentro de esta categoría se encuentran las *res sacrae* (cosas consagradas a las divinidades, como los templos, estatuas, bosques sagrados, etc.), las *res religiosae* (cosa destinadas a los dioses Manes con motivo de un enterramiento, como los sepulcros y los terrenos funerarios) y las *res sanctae* (cosas profanas colocadas bajo la protección de los dioses, como, por ejemplo, las murallas y las puertas de la ciudad y los límites, esto es, los espacios de cinco pies que debían dejarse libre de ocupación en los *agri limitati*).

(2) En realidad, cuando se dice que una adquisición se produce *iure naturali* se hace referencia a que se ha producido por una razón natural (*naturalis ratio*), esto es, cuando se entiende, sin ulteriores motivaciones, que la consecuencia natural de ciertos actos o comportamientos debe ser la adquisición de la propiedad. Sobre esta cuestión, *vid.* CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, pp. 262 ss.; KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993, pp. 54 ss. y bibliografía allí referida.

tivos, distinguiendo entre si la propiedad se adquiere *ex novo*, esto es, sin relación alguna con el anterior propietario o si, por el contrario, el efecto adquisitivo se produce por una transmisión de la propiedad de un titular a otro. Ésta es la clasificación que vamos a utilizar nosotros, puesto que, como ya ha sido señalado, es la ordinariamente seguida en la doctrina moderna.

Antes de comenzar con la exposición, es necesario hacer referencia al hecho de que en Roma se realizaba un tratamiento jurídico diferenciado entre las denominadas *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, esto es, entre las cosas más indispensables para el grupo familiar primitivo (y, por ende, las más estables en el patrimonio del mismo) y el resto de las cosas, que al carecer de esa importancia estaban destinadas al cambio en el tráfico jurídico negocial.

Fueron considerados *res Mancipi*, en una antigua economía agraria como era la romana en el periodo arcaico, los siguientes bienes: los inmuebles situados *in solo italico*, las servidumbres rústicas³, los esclavos y los animales de tiro y carga. Estos bienes, al formar el patrimonio estable de la familia, requerían formas solemnes tanto para su enajenación como para la constitución de derechos reales sobre los mismos. Las demás cosas (*res nec Mancipi*), al tener menor importancia socio-económica en la perspectiva de la economía antigua, podían ser transmitidas por la simple entrega.

II. Modos originarios de adquirir la propiedad

A) Ocupación

La ocupación es el modo de adquirir la propiedad a través de la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*) con la voluntad de tenerla como propia. Este principio general debe ser, no obstante, matizado, pues no todas las *res nullius* son susceptibles de ocupación. El ejemplo más significativo es el de las *res publicae*⁴, como las vías y plazas públicas, los puentes, los teatros, etc. Estos bienes son *res nullius* y, sin embargo, no son ocupables. Una vez establecido que sólo las *res nullius* pueden ser objeto de ocupación, debe especificarse cuál es el criterio que se sigue para determinar qué cosas, dentro de esta categoría, pueden o no ocuparse. El principio que aplican los juristas clásicos no es otro que el de la *naturalis ratio*, es decir, si del examen de las características del caso concreto se puede extraer como consecuencia lógica que de la ocupación de una *res nullius* se deriva la adquisición de la propiedad⁵. Así, por ejemplo, se entiende como natural que la *occupatio* de los bienes muebles encontrados y aprehendidos en la ribera del mar (*res inventae in*

(3) Concretamente, las servidumbres de paso (*iter, actus y via*) y de acueducto (*aquae ductus*).

(4) Entrarían también dentro de esta categoría las *res divini iuris* y los bienes hereditarios antes de la adición.

(5) GAYO, 2, 66 ss. Sobre la *naturalis ratio*, *vid.* n. 2.

litore maris) tenga como efecto la adquisición de la propiedad sobre los mismos⁶ y, por otra parte, se sostiene que las *res publicae*, a pesar de ser también *res nullius*, no son susceptibles, también por razón natural, de ocupación.

B) *Accesión*

Se produce *accesión*⁷ cuando dos cosas se unen material y permanentemente, de tal manera que el propietario de la cosa principal se convierte en dueño de la cosa accesoria. Se entiende por cosa principal la que determina la función económico-social del conjunto, es decir, la que se entiende más importante. Los juristas clásicos, sin embargo, no realizaron una elaboración unitaria de la institución, sino que se limitaron a contemplar los casos concretos de *accesión* y a decidir individualmente qué cosa era la principal y cuál la accesoria.

Se distinguen tres clases de *accesión*:

- 1) *Accesión de mueble a inmueble*: aquí rige el principio *superficies solo cedit*, es decir, que todo lo que se incorpore al suelo pertenece al propietario del mismo gracias a la virtud absorbente de la propiedad fundaria⁸.

(6) Son también casos de ocupación los siguientes: isla que emerge del mar (*insula in mare nata*); D, 41, 1, 7, 3; I, 2, 1, 22. Los animales salvajes o domésticos, en este último caso si han perdido el *animus revertendi*, esto es, la costumbre de volver a casa del dueño; D, 41, 1, 1, 1; 41, 1, 5, 5; I, 2, 1, 15; GAYO, 2, 68. Fue discutido si bastaba con que el cazador hiriese y persiguiese al animal o si para la adquisición de la propiedad se exigía la efectiva captura del mismo. Parece ser que prevaleció la segunda postura; D, 41, 1, 5, 1; I, 2, 1, 13. Las cosas sustraídas por particulares al enemigo en tiempo de guerra (el botín de guerra pertenecía al Estado); D, 41, 1, 5, 1. Las *res derelictae*, es decir, las cosas abandonadas definitivamente por su anterior propietario. Es objeto de debate por los juristas en época clásica el momento en que se pierde la propiedad por el abandono. Según la escuela sabiniana, la *derelictio* implica la automática pérdida de la propiedad, de tal manera que la cosa se convierte en *res nullius* y es susceptible de ocupación; D, 47, 2, 43, 5. Los *proculeyanos* entendían que el abandono no hace perder la propiedad hasta que otra persona toma posesión de la cosa abandonada. Esta concepción entiende que el abandono era una especie de *traditio ad incertam personam*, de tal manera que si la cosa abandonada era *nec mancipi* el ocupante adquiría la propiedad, y si la cosa era *mancipi* era necesaria la *usucapción*; D, 41, 7, 2, 1. Sobre la ocupación, *vid.*, entre otros, VOGLI, *Modi di acquisto della proprietà*, Padova 1952, pp. 11 ss.; HECK, *Occupatio*, ZSS 84 (1967), pp. 355 ss.; FRANCIOSI, *Occupazione (storia)*, ED 29 (1979), pp. 610 ss.; VACCA, *Derelictio e acquisto delle res pro derelictio habitae*, Milano 1984.

(7) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, GUARNERI-CITATI, "Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano", *Ann. R. Univ. Messina* 1 (1927), pp. 33 ss.; KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbarten im altrömischen Recht*, ZSS 64 (1947), pp. 226 ss.; MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli 1968.

(8) Se distinguen distintos tipos de *accesión de mueble a inmueble*: *satio* (accede a la tierra la semilla que es sembrada en ella; GAYO, 2, 75; D, 49, 1, 9, *pr.*), *implantatio* (accede a la tierra lo plantado en la misma, siempre y cuando eche raíces; GAYO, 2, 74; D, 41, 1, 7, 13) e *inaedificatio* (pertenece al propietario del fundo todo lo que se edifique en el mismo; la jurisprudencia entiende, sin embargo, que el propietario de los materiales de la construcción no pierde la propiedad de los mismos, pero no podrá ejercitar las acciones que le correspondan mientras que la edificación siga en pie; GAYO, 2, 73; D, 6, 1, 23, 6-7; 9, 2, 50; 24, 1, 63; 41, 1, 7, 10-12; 43, 18, 2; 47, 1, 7, 10).

- 2) Adhesión de inmueble a inmueble: este tipo de adhesión se refiere a los denominados incrementos fluviales⁹.
- 3) Adhesión de mueble a mueble.

Nos centraremos en este último tipo de adhesión, puesto que hay algunos supuestos en los que es complicado determinar qué cosa es la principal y cuál es la secundaria. Examinemos concretamente los casos de la *scriptura* y la *pictura*, que son los más interesantes e ilustrativos¹⁰.

La *scriptura*¹¹ se refiere al supuesto en el que alguien escribe sobre material ajeno, y *pictura*¹² es el caso en el que alguien realiza una pintura con colores propios o ajenos sobre una tabla que es propiedad de otro. En el primer supuesto el material usado para escribir accede al material sobre el que se escribe, incluso, como relata Gayo¹³, si se han utilizado letras de oro. En el caso de la *pictura*, sin embargo, la cosa principal es la pintura y la accesoria el material sobre el que se pinta. La solución dada en ambos casos puede parecer contradictoria¹⁴, pues en el primero el soporte material es la cosa principal y en el segundo no. Sin embargo, el criterio para determinar qué

(9) Hay también varios supuestos. Aluvión (*alluvio*): es el incremento gradual e imperceptible de un fundo ribereño por el transporte de partículas de tierra por la corriente fluvial, siempre y cuando el fundo no haya sido *limitatus*. En caso contrario, se aplicarían las normas que rigen en materia de ocupación; GAYO, 2, 70; D, 41, 1, 7, 1). Avulsión (*avulsio*): consiste en el desprendimiento de un trozo de terreno de un fundo por la fuerza del agua y el consiguiente arrastre hasta la incorporación a otro. Se entiende que hay adhesión cuando el terreno se ha unido establemente al fundo; GAYO, 2, 71; D, 41, 1, 7, 2. En ambos supuestos (aluvión y avulsión) la adquisición del terreno por parte del propietario del fundo ribereño inferior es irrevocable. *Insula in flumine nata*: si nace una isla en el río, la propiedad del terreno era adquirida por los propietario de los fondos de una y otra parte de la ribera por adhesión según la línea mediana del río y las líneas perpendiculares a ésta desde los límites de los predios ribereños; GAYO, 2, 72; D, 41, 1, 7, 3. *Alveus derelictus*: cuando el lecho de un río ha sido completa y establemente abandonado por la corriente de agua se aplican las reglas ya indicadas para el caso anterior, es decir, para el caso de la *insula in flumine nata*; D, 41, 1, 30, 1. En todos estos casos, para que se produzca la adhesión, se exige, al igual que en el supuesto del aluvión, que los fondos a los que accede el terreno sean *arcifinii* o *arcifinales*, es decir, que no hayan sido objeto por parte de los agrimensores de una parcelación oficial (*limitatio*).

(10) Otros casos de adhesión de mueble a mueble son la *tinctoria* (el colorante accede a la tela) y la *ferruminatio* (unión de dos objetos del mismo metal sin utilizar ningún elemento, como el plomo o el estaño, para su soldadura; en caso contrario, es decir, si en la unión se ha utilizado plomo o estaño, supuesto que denominan los romanos *adplumbatio*, el propietario de la cosa accesoria podría ejercitar la *actio ad exhibendum* para conseguir la separación de los objetos y así poder ejercitar ya la *rei vindicatio*); D, 41, 1, 26, 2; 6, 1, 23, 5.

(11) D, 10, 4, 3, 14; 41, 1, 9, 1; 1, 2, 1, 33.

(12) D, 41, 1, 9, 2.

(13) *Eadem ratione probatum est, quod in cartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae cartulis sive membranis cedunt*. GAYO, 2, 77.

(14) De hecho, el propio GAYO así lo deja entrever. *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere. Cuius diversitatis vix idonea ratio redditur*. GAYO, 2, 78.

cosa es la principal no es simplemente precisar qué cosa se ha unido a otra, o qué cosa sirve de soporte a otra¹⁵, sino que, como ya se ha apuntado, lo fundamental es determinar qué cosa cumple una función socio-económica más relevante. En el caso de la *scriptura* lo importante no es con qué y cómo se ha escrito, sino lo que se ha escrito. De esta manera, no se puede identificar un manuscrito con la obra que contiene, puesto que ésta se puede reproducir cuantas veces se quiera. En el supuesto de la *pictura*, por el contrario, lo fundamental es lo que se ha pintado, puesto que en este caso la pintura sí se identifica con la obra, y ésta es irreproducible¹⁶.

Veamos cómo se resuelve este problema en el Derecho actual. En el BGB alemán se enuncia simplemente que en el caso de que se unan dos cosas muebles y una de ellas puede considerarse como la cosa principal, el propietario de la misma adquiere la propiedad exclusiva del resultado de la unión (artículo 947)¹⁷. Sin embargo, los casos de *scriptura* y *pictura* no se califican como accesión sino como especificación. La solución que ofrece el Código alemán, por tanto, se enfoca desde una perspectiva distinta, y, en consecuencia, la analizaremos en el siguiente apartado.

En el Código civil español, además de enunciarse el principio general de adquisición de la propiedad por accesión (artículo 375)¹⁸, se establecen explícitamente los criterios para determinar qué cosa es la principal y cuál la accesoria. Según el artículo 376, «se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección». Según esta disposición, en los casos de la *scriptura* y la *pictura* las cosas principales serían, respectivamente, el material sobre el que se escribe y la tabla sobre la que se pinta, puesto que se entiende que el material utilizado para escribir y la pintura quedarían incorporados a la cosa principal a causa de haber sido unidas a la misma “para su uso”. Sin embargo, el artículo 377 dice lo siguiente: «si no puede determinarse por la regla del artículo anterior cuál de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará tal el objeto de más valor, y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen...». Este nuevo criterio no afecta al caso que nos ocupa, puesto que con la regla anterior sí puede determinarse en el caso de la *scriptura* y la *pictura* cuál de las dos cosas incorporadas

(15) Como entiende Paulo, en contra de la opinión mayoritaria de los juristas. *Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.* D, 6, 1, 23, 3.

(16) Así lo entiende Justiniano en sus Instituciones. *Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere; ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.* I, 2, 1, 34.

(17) Art. 947 BGB: «Verbindung mit beweglichen Sachen: (1) Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnis des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben». (2) «Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum».

(18) Art. 375 C. c.: «Cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño».

es la principal. Siendo quizás consciente el legislador de esta circunstancia, añade en el mismo artículo lo siguiente: «en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino». En este artículo, por lo tanto, al determinar que la cosa principal es el material con el que se escribe o pinta, se contradice con lo enunciado como principio general en el artículo anterior, hecho que da fe de la polémica jurídica que ha rodeado históricamente a los casos de la *scriptura* y la *pictura*.

C) Especificación

Por especificación¹⁹ se entiende la transformación de un bien determinado en otro nuevo, como por ejemplo la transformación de la uva en vino, la aceituna en aceite, la lana en vestido, etc. La opinión de los juristas clásicos sobre a quién debía pertenecer el producto está dividida: por un lado, los sabinianos, entendiéndose que el producto manufacturado es simplemente un nuevo estado de la materia prima y, por tanto, que lo que se ha producido es un mero cambio del destino económico de la cosa, afirman que la propiedad del producto pertenece al dueño de la materia prima; por otra parte, los proculyanos, entendiéndose que el producto es una cosa distinta a la materia utilizada para producirlo, afirman que la *nova species* es una *res nullius* y que pertenece al especificador por ocupación. En la jurisprudencia clásica tardía surge una tesis intermedia (*media sententia*), por la cual se debe hacer una distinción entre si la especificación es o no reversible: en el primer caso, esto es, si la *nova species* puede volver al estado anterior (como, por ejemplo, un vaso de oro), el producto elaborado es propiedad del dueño de la materia; en caso contrario (la uva en vino, por ejemplo), el autor de la especificación adquiere la propiedad del producto derivado de la misma²⁰.

(19) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, WIEACKER, *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme*, On. Rabel 2 (1954), pp. 263 ss.; MAYER-MALY, *Spezifikation: Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, ZSS 73 (1956), pp. 120 ss.; SANTALUCIA, *Il contributo di Paulo alla dottrina della specificazione di mala fede*, BIDR 72 (1969), pp. 89 ss.; BEHRENDT, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, ZSS 112 (1995), pp. 195 ss.

(20) *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, nerva et proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. sabinus et cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et sabinus et cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod nervae et proculo placuit. ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit (D, 41, 1, 7, 7). Vid., también, GAYO, 2, 79; 1, 2, 1, 25-26.*

Analicemos qué criterio se sigue en el Derecho actual, más concretamente en los Derechos alemán y español.

El artículo 950.1 del BGB tiene la siguiente redacción: «quien por especificación o transformación de uno o varios materiales produce una nueva cosa mueble adquiere la propiedad de la cosa nueva, siempre que el valor de la especificación o transformación no sea sustancialmente menor que el valor del material...»²¹. En el Derecho alemán, por tanto, no se distingue entre si la especificación es o no reversible, sino que atribuye la propiedad del producto elaborado directamente al especificador, eso sí, siempre que el valor de la especificación o transformación no sea sustancialmente menor que el valor del material. El propio artículo 950.1 del Código alemán puntualiza lo siguiente: «el escribir, dibujar, pintar ...□... o cualquier tratamiento similar de una superficie también se considera especificación»²². De esta manera, los problemas derivados de la *scriptura* y la *pictura* quedan resueltos entendiéndose que el material sobre el que se ha escrito y la tabla pintada son una nueva cosa mueble, cuya propiedad debe atribuirse al autor del escrito o de la pintura aplicando las reglas de la especificación.

En el Código civil español se considera a la especificación como un subtipo de la categoría general de la accesión, puesto que el artículo 383, que regula la especificación, se encuentra en la sección que lleva como título «del derecho de accesión respecto a los bienes muebles». Esta clasificación, sin embargo, no tiene justificación, puesto que la especificación, como sabemos, no puede ser considerada accesión porque no existe una unión entre dos cosas, sino una transformación de un material en una cosa nueva.

Dejando a un lado estas cuestiones teóricas, pasemos analizar cómo se regula la especificación en el Código español. El artículo 383 tiene la siguiente redacción: «el que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta.

Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia.

(21) Art. 950 BGB: «Verarbeitung:

(1) Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche».

(22) «Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche».

Si en la formación de la nueva especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido».

En el Derecho español, por tanto, se acude a dos criterios: el de la buena o mala fe con que se hizo la transformación y el de mayor o menor valor de la materia prima o de la obra.

Si la especificación se hizo de buena fe, la propiedad del producto se atribuye al especificador, a no ser que el valor de la materia prima sea superior al de la *nova species*, puesto que en tal caso el propietario de la materia prima podrá elegir entre dos opciones: o bien quedarse con el producto, previa abono al especificador del valor de su trabajo, o bien solicitar indemnización por el valor de la materia prima.

Si el especificador actuó de mala fe, el dueño de la materia prima podrá quedarse con la obra sin la obligación de indemnizar al autor de la misma por su trabajo, o bien, exigir al especificador que le abone el valor de la materia prima y le indemnice por los perjuicios que haya podido sufrir.

D) Confusión y conmixti²³

La confusión tiene lugar cuando se unen de forma inseparable cuerpos líquidos o sólidos, de igual o distinto género, sin que se pueda determinar qué cosa es la principal y cuál la secundaria (es decir, cuando no se produce accesión). Un ejemplo claro es la mezcla de vino perteneciente a distintos propietarios. La conmixti²⁴ consiste en la unión de cuerpos sólidos que da como resultado una cosa constituida por partes que conservan su propia individualidad (como por ejemplo la mezcla de dos montones de trigo).

En el caso de la confusión se produce entre los propietarios de las cosas mezcladas una situación de condominio sobre la cosa resultado de la mezcla con cuotas establecidas en función a las aportaciones realizadas. En el supuesto de la conmixti²⁴ hay que distinguir dos casos: si la unión se ha realizado de común acuerdo se produce una situación de copropiedad y, en caso contrario, cada propietario conserva la propiedad de su cosa²⁴. Una excepción significativa es la conmixti²⁴ de dinero: en este caso se perdía la propiedad de las monedas a favor de quien detentara la mezcla de las mismas²⁵.

(23) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, PAMPALONI, *Appunti sulla confusione e sulla commistione*, BIDR 37 (1929), pp. 87 ss.; SCHERMAIER, *Teilindikation oder Teliungsklage?*, ZSS 110 (1993), pp. 124 ss.; KIESS, *Die confusio in klassischen römischen Recht*, Berlin 1995.

(24) Como puede observarse, en los casos de confusión y conmixti²⁴ no puede hablarse propiamente de un modo de adquirir la propiedad, puesto que el efecto que se produce es o bien la copropiedad sobre la cosa resultante de la unión o mezcla o bien cada propietario conserva el dominio sobre su cosa.

(25) Sobre estas cuestiones, *vid.* D, 6, 1, 3, 2; 6, 1, 5, *pr.*-1; 41, 1, 7, 8-9; 46, 3, 78; I. 2, 1, 27-28.

E) Otros modos originarios de adquirir la propiedad

Finalmente, son considerados también modos originarios de adquirir la propiedad, la adquisición de frutos²⁶, la *adiudicatio*²⁷, la adquisición del tesoro²⁸, la *litis aestimatio*²⁹ y la *adsignatio*³⁰.

III. Modos derivativos de adquirir la propiedad

A) Negocios jurídicos abstractos y causales

Antes de comenzar a hablar de los distintos actos de transmisión de la propiedad es necesario hacer una breve introducción sobre la distinción entre los negocios jurídicos abstractos y causales. Se entiende por acto de transmisión de la propiedad causal aquel en que el efecto adquisitivo depende de la existencia de una causa que lo justifique, siendo abstracto, por el contrario, aquel en que el efecto adquisitivo se produce con independencia de la causa que subyace tras el negocio jurídico. La causa del acto de transmisión de la propiedad es la razón por la cual las partes realizan el mismo, esto es, el motivo de la transmisión de la propiedad.

La causa debe ser idónea, es decir, debe ser aceptada por el derecho como adecuada para que se produzca la transferencia de la propiedad (*iusta causa*). De esta forma, no cualquier justificación concebida por las partes puede actuar como causa, sino que, como veremos, las *iustae causae* son típicas.

(26) Los frutos naturales adquieren autonomía jurídica propia con la separación de la cosa matriz. Adquieren la propiedad de los frutos por su mera separación: el propietario de la cosa (D, 1, 5, 2; 22, 1, 25, *pr.*-1; 41, 1, 2-3; I, 2, 1, 19), el poseedor de *agri vectigales* (concesionario de *ager publicus*; D, 22, 1, 25, 1) y el poseedor de buena fe (D, 22, 1, 25, 1; 41, 1, 48, *pr.*; 41, 3, 4, 19; 47, 2, 48, 6). El usufructuario se convierte en propietario de los frutos por percepción (*perceptio*), es decir, por el hecho de recogerlos.

(27) En los juicios divisorios el pronunciamiento del juez hace adquirir la propiedad individual de las partes en que se divide la cosa común a cada uno de los litigantes. Si la división de la cosa común tiene lugar en un *iudicium legitimum* la propiedad será civil, siendo la propiedad pretoria si el proceso divisorio se desarrolla en un *iudicium imperium continens*; D, 10, 1, 13; 10, 2, 44.

(28) Se entiende por tesoro uno o varios bienes muebles de cierto valor que han sido escondidos desde hace tanto tiempo que ya no se sabe quién es el propietario, de tal manera que ya no tienen dueño. En origen se entendía que el tesoro pertenecía al dueño del fundo donde se había encontrado. Sin embargo, el emperador Adriano estableció en el siglo II d. C. que debía corresponder la mitad del tesoro al propietario del fundo y la otra mitad al descubridor del mismo. D, 10, 2, 22; 10, 4, 15; 34, 2, 38; 41, 2, 3, 3; I, 2, 1, 39; C, 10, 15, 1; 10, 18, 2.

(29) El juez en los procesos que versaban sobre la propiedad de una cosa no condenaba al demandado a restituir la cosa, sino a pagar lo que se había determinado que valía la misma. El condenado podía evitar cumplir la condena pecuniaria si restituía la cosa, pero si no lo hacía y pagaba se convertía en propietario de la misma; D, 6, 1, 46; 16, 3, 30; 41, 3, 27; 41, 4, 1.

(30) La *adsignatio* es el acto de carácter público de atribución de tierras públicas a propietarios privados. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, Vol. I, Roma 1895, s. v. *Adsignatio*, pp. 102 ss.

La diferencia esencial entre los negocios jurídicos causales y los abstractos es que si en los primeros falta la *iusta causa* no se produce la transferencia de la propiedad, mientras que en los últimos sí se originan los efectos adquisitivos. Como enseguida analizaremos, en este último supuesto se producía un enriquecimiento injusto del adquirente, lo que permitía al enajenante utilizar la *condictio* en función recuperatoria. En el primer caso, por tanto, el enajenante conserva las acciones reales (fundamentalmente la *rei vindicatio*), y en el segundo el alienante debe acudir a una acción personal, puesto que ha perdido la propiedad de la cosa.

B) Mancipatio

La *mancipatio*³¹ es el negocio jurídico de transmisión del *dominium ex iure Quiritium* de las *res mancipi* más antiguo. La mancipación consiste en la declaración solemne del adquirente (*mancipio accipiens*) que se apodera de la cosa ante el enajenante (*mancipio dans*) y en presencia de cinco testigos, estos últimos ciudadanos romanos y púberes. La cosa debía estar presente en el acto, aunque cuando se trata de un bien inmueble se permite la utilización de un símbolo del mismo (como, por ejemplo, una piedra, un terrón, una teja, etc.). En el acto intervenía también una persona que sostiene la balanza y actúa como pesador (*libripens*), puesto que el apoderamiento del adquirente tenía como contrapartida la entrega de un trozo de bronce en bruto (*aes rude*)³². Más adelante se empezaron a utilizar barras de metal precedentemente pesadas con la indicación de su peso impresa (*aes signatum*). La *mancipatio*, por tanto, tenía en un principio el carácter de compraventa real, puesto que consistía en un intercambio entre la cosa y el metal. El carácter del negocio jurídico era, en consecuencia, causal. Con la aparición de la moneda acuñada en el siglo III a. C. el acto de pesar el bronce se convierte en algo simbólico, puesto que no es ya el elemento de intercambio. La mancipación, por tanto, deja de ser una compraventa real y se convierte en un negocio abstracto (*imaginaria venditio*) que sirve para adquirir la propiedad por cualquier causa por la mera observancia de las formas del acto (siempre que concurren los demás requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico). Por lo tanto, la *mancipatio* comienza a ser utilizada no

(31) De la amplísima bibliografía sobre la *mancipatio*, *vid.*, entre otros, SCHLOSSMANN, *In iure cessio und mancipatio*, Kiel 1904; HUSSERL, *Mancipatio*, ZSS 50 (1930), pp. 478 ss.; LEIFER, *Mancipium und auctoritas*, ZSS 56 (1936), pp. 136 ss.; KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz 1956, pp. 107 ss.; THORMANN, *Der doppelte Ursprung der mancipatio*, München 1943; MAGDELAIN, *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, RIDA 28 (1981), pp. 127 ss.; BEHRENDTS, *La mancipatio nelle XII Tavole*, IURA 33 (1982), pp. 46 ss.; CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 1994, pp. 16 ss.; RANDAZZO, *Leges mancipii*, Milano 1998.

(32) *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.* GAYO, 1, 119.

sólo para vender el bien, sino para transmitirlo por otros títulos, como la donación, constitución de dote, fiducia, etc. La forma del acto se mantiene inalterada, pero como el precio deja de ser un elemento real de la *mancipatio*, el adquirente entrega al enajenante una moneda que lo simboliza (*mancipatio nummo uno*). El precio real, en consecuencia, podía existir o no, pero en cualquier caso no figuraba en el acto formal del negocio mancipatorio.

Como ya hemos apuntado, cualquier controversia jurídica que se derivase de la causa que subyace tras la *mancipatio* no afecta en absoluto a la eficacia adquisitiva del acto, puesto que, como sabemos, la transmisión de la propiedad no depende de la existencia de una *iusta causa*. El enajenante, en consecuencia, deberá acudir a la *condictio* si se ha producido un enriquecimiento injusto del adquirente, puesto que no dispone ya de las acciones reales que corresponden al propietario.

Sujetos de la *mancipatio* pueden ser los ciudadanos romanos, los extranjeros con *ius commercii*³³ y los hijos y esclavos en representación de sus padres y dueños, estos últimos sólo en calidad de adquirentes.

El mancipante no estaba obligado a realizar ninguna declaración, pues con su sola presencia en el acto se cumplían las exigencias formales. Sin embargo, si lo deseaba podía hacer una declaración que modificaba los efectos del negocio jurídico (*nuncupatio*).

De esta manera, podía especificar condiciones particulares de la cosa transmitida, como la existencia o no de vicios o defectos, la extensión del terreno, que el fundo era o no *optimus maximus* (esto es, que estaba libre o no de servidumbres o cargas), etc. También puede reservarse algún derecho real sobre la cosa mancipada o, incluso, especificar que la *mancipatio* se ha realizado *fiduciae causa*, estableciendo de esta manera la obligación del adquirente de restituir según las condiciones que se determinen. Las declaraciones que realiza el enajenante en la *nuncupatio* tienen fuerza obligatoria, de tal forma que si no se corresponden con la realidad tiene que responder ante el adquirente. Así, si declaró que la finca tenía una determinada extensión y luego resulta que no era así, el adquirente podía entablar contra él la *actio de modo agri* para obtener el doble del valor de la medida que falta.

De la *mancipatio* se deriva para el *mancipio dans* la *obligatio auctoritatis*, esto es, una obligación de garantía para el supuesto de que un tercero reivindique como propio el bien transferido (evicción). En este caso, el enajenante tiene la obligación de acudir al juicio a defender la postura del adquirente. Si no acude en su ayuda o si se pierde el proceso a pesar de su intervención, el *mancipio accipiens* puede exigirle el doble del precio pagado a través de la *actio auctoritatis*³⁴. Cuando el precio declarado en el acto mancipatorio era simbólico (*mancipatio nummo uno*) el ejercicio de la *actio*

(33) En este caso no se adquiriría el *dominium ex iure Quiritium* sino la propiedad peregrina.

(34) Sobre la *actio auctoritatis*, *vid.*, entre otros, Calonge, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca 1968; Ankum, *L'actio auctoritatis appartenant à*

auctoritatis carecería de sentido, y de ahí que la responsabilidad por evicción deba garantizarse a través de una promesa estipulatoria por el precio realmente pagado por el *mancipio accipiens* (*satisfatio secundum Mancipium*). La *obligatio auctoritatis* tiene un tiempo de ejecución de dos años en el caso de bienes inmuebles y de uno en el de los bienes muebles, es decir, el periodo de tiempo necesario para que el adquirente se convierta en propietario por usucapión. Si el *mancipio accipiens* es extranjero o la *mancipatio* tiene como objeto una cosa hurtada u obtenida con violencia, la *obligatio auctoritatis* es perpetua, puesto que la usucapión no es accesible a los *peregrini* y las cosas referidas son objetivamente inusucapibles.

A finales de la República comenzó a surgir la costumbre de recoger, con fines probatorios, el acto mancipatorio en un documento escrito, el cual venía firmado por todos los participantes en el negocio jurídico (*testatio* o *instrumentum*).

C) *In iure cessio*

La *in iure cessio*³⁵ consiste en un allanamiento convencional en un proceso ficticio sobre la propiedad de una cosa. El adquirente (demandante no propietario) ejercita la *rei vindicatio* afirmando que la cosa le pertenece *ex iure Quiritium*, y el enajenante (demandado propietario), en lugar de realizar la *contravindicatio*, no se defiende (esta actitud pasiva del demandado era calificada como *cedere, cessio*, de donde deriva el nombre del acto). El magistrado, ante el allanamiento del demandado, procedía a la *addictio*, reconociendo formalmente la propiedad de la cosa objeto del litigio al demandante (adquiriente)³⁶.

Los sujetos participantes en la *in iure cessio* debían ser ciudadanos romanos *sui iuris*, ya que estos eran los únicos que estaban legitimados en la antigua *legis actio per sacramentum in rem*³⁷.

l'acheteur Mancipio accipiens a-t-elle existé?, AAC 3 (1979) pp. 1 ss.; Id., *Alla ricerca della repromissio e della satisfatio secundum Mancipium*, AAC (1981) pp. 739 ss.

(35) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im Gesetzespruchverfahren*, ZSS 28 (1907) pp. 1 ss.; LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris 1934, pp. 114 ss.; HACKL, *Der Sakramentsprozess über Herrschaftsrecht und die in iure cessio*, ZSS 106 (1989), pp. 152 ss.; CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., pp. 37 ss.; Id., *La struttura della dichiarazione di acquisto nella Mancipatio e nella in iure cessio*, Ét. Déd. ANKUM (1995), pp. 81 ss.; KASER-KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München 2005, pp. 47 ss.

(36) *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum.* GAYO, 2, 24.

(37) GAYO, 2, 16-17. Sobre la *legis actio sacramento in rem*, *vid.*, entre otros, KASER, *Zur legis actio sacramento in rem*, Estudios D'Ors 2 (Pamplona 1987), pp. 671 ss.; ALBANESE, *Sull' intervento dell' auctor nella legis actio sacramento in rem*, Labeo 41 (1995), pp. 341 ss.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² München 1996, pp. 89 ss.

La *in iure cessio* era aplicable tanto a las *res Mancipi* como a las *res nec Mancipi*, puesto que ambos tipos de cosas podían ser objeto de un proceso reivindicatorio de la propiedad.

Este modo de adquirir el *dominium ex iure Quiritium* tiene, al igual que la *Mancipatio*, carácter abstracto, puesto que basa su eficacia en la observancia de las formas. De esta manera, no sólo podía ser utilizada para transmitir la propiedad, sino también para otros fines, como, principalmente, el traspaso de cuotas del derecho de propiedad y la constitución y extinción de derechos reales sobre cosa ajena, además de otros negocios de diversa índole (emancipación, adopción, manumisión, etc.).

D) *Traditio*

La *traditio*³⁸ es el modo ordinario de transmitir la propiedad de las *res nec Mancipi*³⁹. Consiste en la simple entrega del bien, siempre y cuando el *tradens* sea el propietario, haya una voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad entre el enajenante y el adquirente y exista una justa causa que justifique el resultado adquisitivo⁴⁰.

La entrega consiste en la puesta a disposición de la cosa por el *tradens* y la posterior apropiación posesoria del *accipiens*. Si se trata de un bien inmueble se exigía el abandono del mismo por parte del enajenante en el mismo momento en que entraba el adquirente, y si es una cosa mueble debía pasar de una mano a otra. Este principio rígido se fue mitigando con el tiempo a través de un proceso de espiritualización de la entrega material de la cosa, lo que permitió admitir como *traditio* supuestos en los que falta la entrega material (casos que en el medioevo se denominan *traditio ficta*⁴¹).

(38) Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945; VOCi, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, SDHI 15 (1949), pp. 141 ss.; Id., *Modi di acquisto*, cit., pp. 67 ss.; KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., pp. 195 ss.; Id., *Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la dogmática moderna*, trad. de J. Miquel, Valladolid 1962, pp. 14 ss.; MIQUEL, *Iusta causa traditionis y iusta causa usucapionis en las Instituciones de GAYO*, Est. Hom. Álvarez Suárez (Madrid 1978), pp. 261 ss.; BEHRENDTS, *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, SCDR 9-10 (1997-1998), pp. 133 ss.; LABRUNA, *Tradere ed altri studii*, Napoli 1998, pp. 27 ss. (LABRUNA, *Tradere*, SCDR 9-10 (1997-1998), pp. 321 ss.).

(39) GAYO, 2, 19.

(40) GAYO, 2, 20.

(41) *Traditio longa manu* (indicación o señalamiento de una cosa que se encuentra a cierta distancia); D, 41, 2, 18, 2. *Traditio brevi manu* (supuesto en que una persona que tenía la detentación de la cosa en calidad de arrendatario, usufructuario, etc. comienza a poseerla a título de dueño gracias a la adquisición de la propiedad de la misma y a la consiguiente autorización del anterior propietario); D, 41, 1, 9, 5. *Constitutum possessorium* (caso contrario al anterior, es decir, cuando el que posee la cosa a título de dueño la enajena pero conservando la detentación de la misma como arrendatario, usufructuario, etc.); D, 41, 2, 18, *pr. Traditio symbolica*: (realización de un acto simbólico o la entrega de un símbolo; así, como ejemplo de ambas posibilidades, se entiende que hay *traditio* en los siguientes

La *traditio*, a diferencia de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, es un acto no formal de transmisión de la propiedad. Es, además, causal, puesto que requiere un justo título que justifique el resultado adquisitivo (*iusta causa traditionis*). Así, si falta la justa causa el resultado de la entrega es puramente posesorio y no de adquisición de la propiedad. De esta forma, como ya apuntamos, el transmitente conserva las acciones reales que corresponden al propietario, pudiendo, por tanto, recuperar la posesión a través del ejercicio de la acción reivindicatoria.

Las *iustae causae* son típicas, esto es, no depende de la autonomía de la voluntad de las partes su concepción, sino que, con motivo de que la transferencia de la propiedad tiene una relevancia económico-social, es el propio ordenamiento jurídico el que establece qué causas justifican el resultado adquisitivo y cuáles no. Son admitidas como *iustae* las siguientes causas: venta (*causa vendendi*), donación (*causa donandi*), constitución de dote (*causa dotis*), dar en crédito⁴² (*causa credendi*) y cumplimiento de una obligación de *dare* (*causa solvendi*).

Es necesario puntualizar que el disenso entre las partes en relación a la *causa traditionis* (por ejemplo, cuando el *tradens* cree que transmite la propiedad *vendendi causa* y el *accipiens* que la adquiere *donandi causa*) e, incluso, el fallo de la causa remota de la adquisición de la propiedad (como cuando se realiza la *traditio causa solvendi* y no existe la deuda) no impide que se produzca el resultado adquisitivo. En este caso último caso, se produciría una retención sin causa de la propiedad y, en consecuencia, si no se restituyese voluntariamente, sería procedente la *condictio* en función recuperatoria⁴³.

supuestos: cuando el adquirente, con consentimiento del enajenante, designa a una persona para que custodie la cosa y cuando se entregan las llaves de un almacén donde se encuentran las mercancías que se desean transmitir); D, 18, 1, 74; 18, 6, 1, 2; 41, 2, 18, 2; C, 8, 53, 1.

(42) Supuestos en los que se transmite la propiedad con obligación de restituirla (el caso más representativo es el mutuo, esto es, el préstamo de dinero o cosas fungibles).

(43) Estos supuestos han dado lugar a la afirmación de que la *traditio* es un negocio jurídico de carácter abstracto, puesto que existen casos, como el de pago de una deuda inexistente, en los que falta la causa y el efecto adquisitivo de produce igualmente. En este sentido, ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, pp. 252 ss.; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994, pp. 331 ss.; BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino 1993 (rist. 2002), p. 306. En contra, entre otros, CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., pp. 42 ss.; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1998, pp. 333 ss.; CANNATA, *Corso I*, cit., pp. 306 ss.

E) *Usucapio*

La usucapición⁴⁴ es un modo de adquisición de la propiedad a través de la posesión de una cosa por un periodo de tiempo determinado⁴⁵.

Una norma de las XII Tablas establecía que se adquiría la propiedad civil de las cosas por la posesión⁴⁶ continuada de las mismas por un periodo de tiempo determinado (dos años en el caso de los bienes inmuebles y uno en el de los muebles)⁴⁷. La disposición viene determinada por el hecho de que la *mancipatio* es un modo de adquirir la propiedad derivativo, de tal manera que, si el *mancipio dans* no era propietario, la posición jurídica del *mancipio accipiens* no era inatacable, puesto que el verdadero propietario podía ejercitar en cualquier momento la acción reivindicatoria. De esta circunstancia deriva para el enajenante, como sabemos, la *obligatio auctoritatis*, esto es, una obligación de garantía para el supuesto de que un tercero reivindique como propio el bien transferido (evicción). El mancipante, por tanto, debía probar que era propietario cuando transmitió la cosa por *mancipatio*, lo que implicaba a su vez demostrar la validez de su título de adquisición y el de los precedentes propietarios (lo que los juristas medievales denominan *probatio diabolica*). El objetivo de la norma decenviral era, por tanto, hacer adquirir al *mancipio accipiens* la propiedad a título originario, de tal manera que su posición de propietario fuese desde ese momento inatacable, pues prescindía de cualquier relación con el enajenante y el acto de transmisión de la propiedad (evidentemente, en ese momento se extinguía también la *obligatio auctoritatis* del *mancipio dans*).

La razón de ser de la *usucapio* es, en consecuencia, la seguridad jurídica, puesto que la posición jurídica del adquirente en la *mancipatio* no puede depender indefinidamente de si el transmitente era o no el verdadero propietario. Se intenta, por lo tanto, que la discrepancia entre las situaciones de derecho y de hecho duren solamente un tiempo determinado.

(44) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., pp. 293 ss.; FABBRINI, s. v. *Usucapione (dir. rom.)*, NNDI 20 (1975), pp. 280 ss.; VACCA, *Osservazioni in tema di iusta causa e bona fides in relazione all'usucapio pro derelicto*, Studi Sanfilippo 4 (Milano 1983), pp. 773 ss.; BAUER, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB*, Berlin 1988.

(45) Es discutido si la usucapición debe incluirse dentro de los modos derivativos de adquisición de la propiedad o dentro de los originarios. A nuestro entender, a pesar de que el bien usucapido pertenecía a otro sujeto en el momento de adquisición de la propiedad, ésta se produce sin relación alguna al dominio anterior, siendo preferible, por tanto, incluir la usucapición dentro de los modos originarios. No obstante, por claridad expositiva, se la ha encuadrado dentro de los modos derivativos.

(46) El precepto decenviral utilizaba el término *usus*, puesto que en esa época todavía no se había producido la distinción entre *possessio* y *usus*.

(47) XII Tablas, VI, 3 (Cic., *Top.*, 4. 23): *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellatur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus.*

Los requisitos de la usucapción son cinco, a saber: *res habilis, possessio, tempus, bona fides, titulu*⁴⁸.

1) *Res habilis*⁴⁹: la cosa debía ser ante todo idónea para ser usucapida. Puesto que la *usucapio* era un modo de adquirir el *dominium ex iure Quiritium*, quedaban fuera de la misma las *res extra commercium* y los fundos provinciales. Además, teniendo presente que la *usucapio* se basaba en la posesión de la cosa, eran inusucapibles las *res incorporales*. No son susceptibles de usucapción las *res furtivae* y las *res vi possessae*, hasta que la posesión retorne a su propietario. Tampoco las cosas pertenecientes a los extranjeros, ya que estos no podían tampoco usucapir las cosas pertenecientes a un ciudadano romano, y las cosas donadas al magistrado provincial, según una disposición de la *lex Iulia repetundarum*. Son inusucapibles, también, el espacio de separación que antiguamente se dejaba entre las fincas rústicas (*limes*) y el lugar de incineración. Por último, y con carácter general, las cosas sobre las que exista una prohibición de enajenación, como, por ejemplo, los fundos dotales.

2) *Possessio*⁵⁰: como requisito de la usucapción se exige la posesión de la cosa, pero no a cualquier título, sino con *animus domini*, esto es, a título de dueño (*possessio civilis*).

3) *Tempus*⁵¹: como ya hemos señalado se exige la posesión durante dos años para la usucapción de bienes inmuebles y un año para los bienes muebles.

La *possessio* debe ser, además, continuada, de tal forma que si se produce una interrupción en la misma (*usurpatio*) el cómputo del tiempo de la nueva posesión comienza de cero. La interrupción de la usucapción puede producirse por pérdida de la posesión o por un acto simbólico del propietario que determine su voluntad de seguir ejerciendo el poder dominical sobre la cosa (como, por ejemplo, la rotura de una rama de un árbol de su fundo). La reclamación procesal no interrumpe la usucapción, aunque si la misma se consuma entre la *litis contestatio* y la sentencia del juez, ésta deberá ser favorable al demandante. Tampoco la interrumpe la muerte del usucapiente, puesto que el heredero continúa la posesión del difunto. Es dudoso,

(48) Los requisitos de la usucapción fueron perfectamente sintetizados con el conocido hexámetro concebido por los juristas medievales: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*. Preferimos, no obstante, el orden de exposición indicado, a causa de que la *bona fides* y el *titulus* no eran elementos que formaran parte de la estructura original de la *usucapio*, sino que, como es sabido, fueron añadidos en época posterior.

(49) Sobre esta cuestión, en general, *vid.* FABBRINI, s. v. *Usucapione*, cit., pp. 285 ss., y bibliografía allí referida.

(50) Sobre este tema, *vid.*, entre otros, ALBANASE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, pp. 96 ss.; VACCA, s. v. *Usucapione (dir. rom.)*, ED 45 (1992), pp. 998 ss.

(51) Sobre el *tempus*, *vid.*, entre otros, ZANZUCCHI, *La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione*, AG 72 (1904), pp. 177 ss.; *Id.*, *Sulla storia dell'accessio possessionis nell'usucapione*, AG 76 (1906), pp. 3 ss.; KRÜGER, *Beitrag zur accessio temporis bei der Ersitzung*, ZSS 26 (1905), pp. 144 ss.; YARON, *De usurpationibus*, St. On. Grosso 2 (1968), pp. 553 ss.

sin embargo, si ya en época clásica se admitía la *accessio possessionis*, esto es, si el adquirente a título particular continuaba la posesión del enajenante.

4) *Bona fides*⁵²: a finales de la época republicana se comienza a exigir como requisito de la usucapión la buena fe del usucapiente, esto es, que tenga la convicción de no estar lesionando intereses jurídicos ajenos al entrar en la posesión de la cosa. El supuesto de buena fe más común es el de creer que se está recibiendo la cosa del verdadero propietario, aunque existen otros supuestos, como el que intenta adquirir una *res Mancipi* por *traditio*. En cualquier caso, no es relevante que la buena fe se fundamente o no en un error excusable.

La buena fe se exige solamente en el momento de adquirir la posesión (*mala fides superveniens non nocet*) y, además, se presume, de tal manera que quien alegue mala fe del usucapiente deberá probarlo.

5) *Titulus*⁵³: el título o *iusta causa usucapionis* es la circunstancia objetiva que habría fundamentado en sí misma la adquisición de la propiedad pero que por concurrir algún vicio de forma o fondo sólo legitima a iniciar la posesión *ad usucapionem*. El caso más significativo es el de la *traditio* que tiene por objeto una *res Mancipi* (y que, en consecuencia, no es apta para transmitir el dominio) o cuando el *tradens* no es el propietario (adquisición *a non domino*)⁵⁴. En estos supuestos, las justas causas de la usucapión serían las mismas que las de la *traditio*, esto es, *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote* y *pro soluto*⁵⁵.

(52) Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, COLLINET, *Iusta causa et bona fides dans l'usucapion d'après les Institutes de Gaius*, Mélang. Fournier (1929), pp. 71 ss.; LOMBARDi, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, pp. 209 ss.; HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München 1964.

(53) Sobre el *titulus*, *vid.*, entre otros, VOGLI, *Iusta causa traditionis*, cit., pp. 159 ss.; MIQUEL, *Iusta causa traditionis*, cit., pp. 261 ss.; ALBANASE, *Le situazioni possessorie*, cit., pp. 99 ss.; BAUER, *Ersitzung und Bereicherung*, cit., pp. 14 ss.

(54) Aunque existen otros, como la usucapión *pro legato* (cuando el legatario entra en posesión de las cosas legadas *per vindicationem* por un testador que no era propietario) y *pro derelicto* (ocupación de una *res Mancipi* abandonada o una *res nec Mancipi derelictae a non domino*). El título también puede derivar de una concesión pretoria (*ex decreto*), como la *missio in possessionem ex secundo decreto* del fundo vecino si el propietario insiste en su actitud de no prestar la *cautio* por el daño temido, la atribución definitiva de los bienes embargados al deudor o la concesión de la *bonorum possessio* al heredero por derecho pretorio. Finalmente, existen una serie de supuestos heterogéneos en los que existe una posesión civil de buena fe que se agrupan bajo la denominación *pro suo*. Dentro de este grupo entraría el título putativo, esto es, los supuestos de posesión fundada por error en un título inexistente.

(55) Queda fuera de este elenco el mutuo porque tiene como condición objetiva la adquisición del dinero o de la cosa fungible por el mutuario.

GRUPOS VULNERABLES Y EMERGENCIA DE SALUD ¿EN TORNO AL DISEÑO DE UN CONTROL DIFERENCIADO DE CONVENCIONALIDAD?*

VULNERABLE GROUPS AND HEALTH EMERGENCY.
AROUND THE DESIGN OF A DIFFERENTIATED CONTROL
OF CONVENTIONALITY?

*Victorino Solá***

“(...) There is nothing very remarkable about being immortal (...) nothing can occur but once, nothing is preciously in peril of being lost”

Jorge L. Borges***

Resumen: El trabajo ahonda en el funcionamiento constitucional en situaciones de variadas emergencias o crisis, en particular la COVID-19. Se detiene en las distintas corrientes de pensamiento y sus fundamentos, incursionando en posiciones de constitucionalistas, filósofos, políticos, sociólogos, ponderándolas analítica y críticamente.

Palabras-clave: Funcionamiento constitucional – Situaciones de Emergencia - Control diferenciado de constitucionalidad.

Abstract: The work delves into the constitutional functioning in situations of emergencies or crises, in particular COVID-19. It stops at the different currents of

* Trabajo recibido el 2 de febrero de 2022 y aprobado para su publicación el 23 de marzo del mismo año.

** Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina/UNC). Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales (Università di Pisa). Director de la Revista Derecho de las Minorías. Docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional (UNC - Universidad Católica de Córdoba/UCC), Derecho Procesal Constitucional y Convencional (UCC) y Derecho Procesal Transnacional (Universidad Siglo XXI). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCC y del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario.

*** BORGES, Jorge L. *The Immortal ap. Collected Fictions*, Allen Lane, London, 1999, p. 192.

thought and their foundations, venturing into the positions of constitutionalists, philosophers, politicians, sociologists, weighing them analytically and critically.

Keywords: Constitutional functioning - Emergency Situations - Differentiated control of constitutionality.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. La vacuidad moral ante la peste. ¿Lo que incomoda es la falta de distinción? II. ¿Qué queda cuando el formato único del control de constitucionalidad muestra signos de fatiga? Tras la estela de la teoría de los niveles diferenciados de inspección constitucional. III. ¿Una Constitución a extramuros del Pacto de San José de Costa Rica? Del escrutinio de convencionalidad al uso hacia el de convencionalidad diferenciado. A propósito de una primera muestra: el examen convencional en circunstancias de emergencia. IV. Un set de argumentos en torno al modelo de una revisión multinivel de convencionalidad respecto de grupos humanos en situación de vulnerabilidad. ¿Otro espécimen en el elenco de supervisión diferenciada de convencionalidad? V. ¿Un test riguroso de convencionalidad por convergencia? A partir de la interacción de los argumentos contenidos en los ejemplares del sistema de vigilancia convencional diversificada. VI. Coda. ¿No existe ninguna norma aplicable al caos? A propósito de una Convención Antiemergencia y las paradojas de la pospandemia.

I. Consideraciones preliminares. La vacuidad moral ante la peste. ¿Lo que incomoda es la falta de distinción?

1. Más allá de la falta de preparación logística del grueso de los Estados para acometer, al momento de su irrupción, los desafíos pluridimensionales del virus SARS-CoV-2, lo cierto es que tampoco estaban alistados según lo previene el profesor de la Universidad de Harvard, Michael J. Sandel para terciar moralmente con la peste, es que desde el punto de vista ético la pandemia ha servido de *recordatorio*, en la conciencia de comunidad, de nuestras *vulnerabilidad y dependencia mutua* (desoídas, a menudo, pese al registro de décadas de desigualdad en aumento)¹.

(1) * La presente entrega se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación intitulado *Principio de igualdad y protección de las minorías en la jurisdicción consultiva de la Corte IDH*, radicado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Secretaría de Investigación, Rectorado Académico, Universidad Católica de Córdoba (UCC, Argentina), sin perjuicio de que la elaboración del texto mereciera un tratamiento de mayor amplitud con motivo del acceso, durante el mes de febrero de 2020, a los fondos editoriales de la Biblioteca "Antonio Caso" de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UNAM, México), como así también al acervo bibliográfico de la Biblioteca "Daniel Cossio Villegas" de El Colegio de México, A.C. (COLMEX, México).

SANDEL, Michael, J. "Prologue" *ap. The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?* Allen Lane, London, 2020, pp. 5 y ss. *Vide etiam* la versión de autoría del aludido *Anne T. and Robert M. Bass Professor of Government*, publicada -durante el mismo año en New York por Farrar, Straus & Giroux. Sobre el calibre de la repercusión de la moral en la validez jurídica, puede el leyente, que así lo ansíe, explorar, dentro del campo de investigación de la ciencia y sociología jurídicas, las conclusiones allegadas por LUHMANN, Niklas. *Contingencia y Derecho*, Trotta, Madrid, 2019, pp. 101 y ss.

Podría tenerse en cuenta que, no hace mucho, un pensador moral oxoniense ha suscripto un parecer que desde el proemio puede ganar peso: los aspectos que se admiran de un sistema particular están relacionados funcionalmente, algunas veces y aún con gran frecuencia, con otros que al contrario ocasionan molestias, disgustos y, hasta, se temen².

El valor de una explicación atenta y detallada sobre tal conjetura, puede comenzar con el relato de Jorge L. Borges intitulado *El Inmortal* y divulgado hacia 1947 alrededor del personaje de Joseph Cartaphilus y su arribo a la Ciudad de los Inmortales, el que ha sido un insumo en demasía útil a la reflexión promovida por uno de los principales referentes en el debate sociopolítico contemporáneo, Zygmunt Bauman³ alrededor de la versión posmoderna de la inmortalidad; en especial, al poner de relieve el dato que en aquella no habitaban inmortales cualesquiera sino los que primero vivieron la experiencia de ser mortales, aprendieron, un tiempo después, las destrezas asociadas con dicha vivencia y, finalmente, adquirieron la inmortalidad. Así pues, se comprenden conclusiones tan lúcidas como terribles: *todo en la vida humana cuenta porque los humanos son mortales, y lo saben*. Es que, a fin de cuentas, lo que de lleno hay en ella es en sentido borgeano *preciosamente precario* y revelaría, inclusive, que ser inmortal es baladí desde que nada puede ocurrir una sola vez.⁴

Esa conocida cultura humana que atesora, entre otras, la política, la ciencia, la tecnología, etc., según lo explica el aludido profesor de las Universidades de Leeds y Varsovia, podría descubrir otro emplazamiento en el tópico que aquí convoca la atención del lector con miras a hacerse de un equipamiento conceptual más anchuroso, que no pase por la ortodoxia académica con la que se cree abordar satisfactoriamente los espinosos dilemas cuanto los retos a más de polifacéticos extraordinarios, desatados por la volatilidad vírica con la que el SARS-CoV-2 descalabra, todavía, a gran parte de las sociedades democráticas.

2. Quizás una estrategia para sortear el dédalo en el que se congregan las cuestiones anidadas en la densidad del problema anterior, sea capaz de dar un salto si se enlaza con otro gran sueño de la modernidad política: el de la soberanía, el del

(2) En torno a esta llamada de atención, es de beneficiosa consulta la reflexión de Stuart N. Hampshire, pensador destacado en el desenlace de las innovaciones que -en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado contribuyeron a desplazar radicalmente el centro de atención de los cultores de la Filosofía moral, primordialmente al dejar entrever que los asuntos que, a menudo, los inquietaban debían trascender los tocantes a las propiedades lógicas de los enunciados morales para transitar, más bien, hacía otros de índole más decisiva: los problemas morales tal como se nos presentan en tanto agentes morales, cfr. HAMPSHIRE, Stuart, N. *Morality and Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, p. 146.

(3) Con la meta de centrarse sobre tal propuesta de abordaje, *vide in extenso* BAUMAN, Zygmunt. *Postmodernity and Its Discontents*, Polity Press, Cambridge, 1997, pp. 152-164.

(4) BORGES, Jorge, L. *The Immortal ap. Collected Fictions*, Allen Lane, London, 1999, p. 183.

mando, el de la toma de decisiones con autoridad todos fundamentos conceptuales, por cierto, del Estado en su adjetivación moderna; así, por lo pronto, lo sugiere Michael L. Walzer: el poder estatal es, con todo, la operación fundamental de la justicia distributiva, la que vigila las fronteras dentro de las cuales cada uno de los bienes sociales es distribuido y utilizado. De ahí la ocurrencia en opinión del *Emeritus Professor* del Institute for Advanced Studies de Princeton de las iniciativas simultáneas de que el poder luzca *mantenido e inhibido*, para que se movilice, divida, controle y balancee, sin dejar de alertar no sólo que así como el poder político [tan deseado y disputado] protege contra la tiranía, aquél puede también convertirse en poder tiránico, sino además que hay cosas que los representantes del poder soberano no pueden hacer. Estas últimas precisamente develarían los usos obstruidos del poder, entre los que se enlista el hecho que las autoridades públicas *no pueden actuar de manera discriminatoria* contra grupos humanos históricamente excluidos, socialmente marginados, culturalmente prescindidos, etc., ni tampoco aislarlos de los bienes suministrados comunitariamente⁵.

Por lo regular, siendo así, son estos grupos encarnados en realidades concretas y dotados de propiedades identitarias distintivas, los que con mayor probabilidad se encuentran en situación de riesgo, desvalimiento, debilidad, etc., y frente a los cuales la práctica de la *tolerancia*, en cuanto sostiene la *vida en común i.e.*, las diferentes comunidades en que viven los seres humanos, puede organizarse de diversas maneras⁶.

Si la tiranía al menos, en la representación hobessiana puede decantar hacia una *soberanía desagradable*⁷, seguramente la ya mencionada narrativa borgeana también podría sugerirle a la especulación del aludido sociólogo polacobritánico que la tolerancia sostiene la vida misma de estar al detalle literario que, en la mencionada ciudad, los inmortales son inexpugnables a la piedad, diversidad o reconocimiento, etc., cuando, en cambio, son estas últimas propiedades las que hacen posible la *diferencia* [*way of life differences*], de la misma forma que ésta torna necesarias a aquéllas⁸, al propio tiempo que su defensa encuentra en la *vulnerabilidad* una razón más allá de lo complejo y controvertible que sea su elucidación conceptual⁹ que opera hacia

(5) WALZER, Michael, L. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York, 1983, pp. 281284.

(6) Uno de los proponentes de este argumento, como de la fuerza de sus implicancias, ha sido el referido filósofo moral, a la sazón un relevante partidario en pos de una lectura comunitarista en el terreno de la teoría política, en ocasión de su obra bajo el epígrafe *On Toleration*, editada hacia 1997 y en New Haven por Yale University Press.

(7) HOBBS, Thomas. *Leviathan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 129.

(8) WALZER, Michael, L. *On Toleration*, Yale University Press, New Haven, 1997, p. XII.

(9) En consideración, por cierto, de la multitud de aspectos significativos que ostenta y sus constantes reescrituras; aun así, a los efectos que aquí nos ocupan, parte del atractivo de la temática puede apreciarse cuando, al trabajar una cuestión estrechamente asociada a la que se presenta en el texto, Judith P. Butler aunque desde los compromisos teóricos del posestructuralismo se recuesta sobre una interrogación que juzga

el límite de las demarcaciones del Estado y de cualquier otra esfera ante el poder soberano, capaz de surtir *poderosos efectos igualitarios* y oficiar, de esta manera, cual un medio fundamental al servicio de una *igualdad compleja*¹⁰.

Desde estas premisas, se insinúa que no es posible pensar cándidamente que la soberanía no aloje también límites, pues los actos o prácticas intolerantes de una soberanía incómoda y hasta irritante, en cuanto conmueven la conciencia misma de la humanidad [*shock the conscience of humankind*] y los derechos que están en la raíz de otros tipos de prácticas (complacientes con la política del reconocimiento), no hacen sino desconocer, entre tantos, el régimen de tolerancia en la arena de la sociedad internacional, cuyo objetivo no es otro que la coexistencia pacífica capaz de adoptar las más diferentes formas políticas y sus implicaciones diversas de grupos con diferentes historias, culturas e identidades¹¹.

A simple vista, ello conduce en la respuesta walzeriana a un conjunto de pretensiones (las de tolerancia, diferencia, reconocimiento, etc.) que recorren transversalmente un principio moral sustantivo y cardinal, aunque si se miran más de cerca estas prácticas (por lo menos, a la altura del reinante contexto pandémico

medular: ¿por qué se busca preservar la vida del otro?, sin descuidar que tal incógnita engloba, entre tantas otras, la tocante a ¿qué justifica acciones de tal entidad, o bien, qué es lo que establece como moralmente injustificable la negativa o falla en la mismísima preservación de la vida de otro? Se impone hacer notar que la profesora de *Critical Theory* de la Universidad de Berkeley previene que este asunto difiere del que se desprende cuando se pregunta si lo que ansía resguardar son las vidas de los integrantes de un grupo humano particularmente vulnerable en función del riesgo de su amenaza o destrucción –es que, a su entender, no media allí la relación diádica que tanto atrae a los pensadores morales, pues prima lo que etiqueta como una consideración biopolítica [*biopolitical consideration*]: su afán no es tanto qué cuenta como una vida, sino cuáles vidas resultan dignas de preservación. Ahora bien, tan pronto como los grupos o poblaciones vulnerables son identificados, ganan un estado que les permite reclamar protección y, a partir de entonces, otras interpelaciones se avecinan: *v.gr.*, ¿quiénes pertenecen a los grupos que asumen el cometido de la tutela y, en cambio, cuáles son los imaginados como urgidos por el amparo que aquéllos dispensan?, ¿a quién le corresponde el indicado reclamo?, ¿cuál grupo emerge como ungido con una preservación a título de vulnerable?, ¿aquellos que asumen la responsabilidad de salvaguardar a los grupos vulnerables resultan, a la vez, desprovistos de vulnerabilidad a través de la sola práctica de su designación?, etc. En suma, tales inquietudes se encaminan a destacar el escabroso problema de la *desigual distribución de la vulnerabilidad*, pero también hacen notar, si el acto de designación alberga el distinguo entre grupos vulnerables e invulnerables y, en tales condiciones, endilga a los integrantes de este último la obligación de amparar a los miembros del primero, la formulación de dos presuposiciones cuanto menos disputables: primero, el tratamiento de los grupos cual si ya estuvieran constituidos como vulnerables o no vulnerables, y, luego, el fortalecimiento de una forma de poder paternalista en el instante en que las obligaciones sociales recíprocas son requeridas con mayor urgencia -de suerte que no sería paradójal que una política sustentada en la vulnerabilidad termine, a pesar de todo, ro busteciendo las jerarquías que precisamente debiera orientarse a dismantelar, *cfr.* BUTLER, Judith, *P. The Force of Nonviolence: The Ethical in the Political*, Verso, London - New York, 2020, pp. 67 69, 71.

(10) WALZER, Michael, L. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York, 1983, p. 284.

(11) *Vide in profundis* WALZER, Michael, L. *On Toleration*, Yale University Press, New Haven, 1997, p. 21.

global al que arrastra la enfermedad del COVID19), será necesario sumar el rasgo de su *complejidad*: las mencionadas formas de coexistencia nunca se han debatido con tanta amplitud como en la presente situación de emergencia de salud (al punto que ha sido descrito como un sacudón planetario sin precedentes¹²), de la misma manera que también como en pocas ocasiones se ha postulado con tanto tesón que los tratados de derechos humanos expresan principios axiológicos universales de los que *no debería permitirse su retirada*¹³ (ni siquiera ante el vaivén de las circunstancias difíciles, éticas y políticas, que circundan la pandemia).

(12) VALADÉS, Diego. “La fuerza normativa de la crisis” *ap.* González Martín, Nuria – Valadés, Diego –coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 237. Existe en esta imagen una cercanía bastante palmaria con la sugerida -sobre el escenario latinoamericano por Mariela Morales Antoniazzi alrededor de un *estado de excepción regional*, a partir de las declaratorias que, en los distintos ordenamientos latinoamericanos, se recogen acudiendo a diferentes denominaciones, motivos de justificación, autoridades competentes para su emisión y aplicación, así como el catálogo de derechos susceptibles de suspensión, límites, efectos, temporalidad y eventual contralor judicial de constitucionalidad de tales medidas, aunque -después de todo la Investigadora Senior del Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg, no pasa por alto su caracterización como un episodio multidimensional, multinivel y con multiplicidad de efectos devastadores en todas las esferas de la vida, *cfr.* MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Sin excepción: la interamericanización es la respuesta a la pandemia del COVID19 en América Latina” *ap.* González Martín, Nuria – Valadés, Diego –coords., *op. cit.*, pp. 203204. Carlos Ayala Corao también ha llegado a entrever una *especie de estado de emergencia mundial*, *cfr.* AYALA CORAO, Carlos. “Los retos de la pandemia del COVID19 para el Estado de Derecho”, *ap.* González Martín, Nuria – Valadés, Diego –coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, Méjico, 2020, p. 213, sin dejar tampoco de sugerir un distingo radical: en esta ocasión, a su entender, no se trataría de un estado de excepción donde lo que está en peligro es la institucionalidad del Estado sino, en cambio, la salud, la integridad física y hasta la vida misma de su población. Esta caracterización teórica, empero, tendrá sus matices a la hora de zanjar controversias concretas sobre derechos, entre los que cabe ilustrar dentro de la interacción articulada de competencias asignadas por los arreglos institucionales de un sistema federal con la idea de que no basta blandir el *carácter transnacional de la situación sanitaria* que se intenta paliar para dar por acreditada una suerte de interjurisdiccionalidad *per se* respecto de cualquier medida que se adopte con la finalidad de combatirla, *cfr.* CSJN, CSJ 567/2021, de fecha 4.5.2021. Del voto propio del juez Carlos F. Rosenkrantz, en el caso “GCBA”. También el discurso judicial ha puesto énfasis en el ejercicio de la interpretación de cuestiones constitucionales sobre derechos en la circunstancia que pese a reconocerse a las autoridades públicas locales atribuciones para poner en marcha las medidas de prevención que consideren adecuadas en el contexto de una *particular situación de emergencia sanitaria de efectos mundiales*, dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales, *cfr.* CSJN, Fallos 343:1704, en el asunto “Lee”. Sobre el potencial radical del federalismo -alojado en su corazón mismo para acomodar, dentro de un orden político, a distintas comunidades que poseen concepciones sustancialmente diferentes de la legitimidad política fundamental, *vide* WEBBER, Jeremy. “Federalism’s Radical Potential”, *International Journal of Constitutional Law*, 18 (2020), pp. 13241349.

(13) *Cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 48 *in fine* y 73, debido a que ha estimado central la indagación sobre la buena fe estatal en conexión con el propósito y contexto en que se gesta y verifica una denuncia, prohijando una atención especial entre otras situaciones al escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida o que atente contra el núcleo inderogable de derechos (a más de, *v.gr.*, las violaciones graves, masivas o sistemáticas de derechos humanos, la progresiva

En esas condiciones, ¿la experiencia de la vulnerabilidad, acaso, puede llegar al extremo de poner en duda la creencia de que hay estrellas fijas [*fixed stars*] en el cielo nocturno?¹⁴ Una manera de resolver esta dificultad que podría en adelante alentarse es la que sigue: más allá de las afirmaciones minimalistas sobre la coexistencia pacífica de juicios y técnicas de supervisión que aseguren la centralidad como la jerarquía normativa de los compromisos constitucionales y convencionales que ella supone lo que se ajusta, en general, a la explicación normal de los derechos humanos básicos, no debería darse por cerrada la indagación en torno a si hay cánones en virtud de los cuales el compromiso con la política de la tolerancia, diferencia o reconocimiento, etc., actúe del mismo modo, en todas las circunstancias, en todos los tiempos y lugares, en nombre de un conjunto particular de acuerdos políticos y constitucionales o, por el contrario, es plausible una comprensión *adecuadamente circunstancial* que examine las formas diferentes que, de hecho, adoptan y en mérito de las cuales debe aventarse la tentación de formular una respuesta única¹⁵.

II. ¿Qué queda cuando el formato único del control de constitucionalidad muestra signos de fatiga? Tras la estela de la teoría de los niveles diferenciados de inspección constitucional

3. La relevancia de toda esta trama argumental parecería no tener nada en común con uno de los debates que domina el entendimiento de los diversos modos con los que la justicia constitucional cuenta para desactivar disposiciones normativas y actos que resulten contrarios a la Constitución, pero tan pronto como se la indague más en cercanía se percibe que bien puede servir para reflejar cómo la interpretación judicial -según lo advierte Robert F. Nagel- se ha convertido en una herramienta cada vez más penetrante y ambiciosa en las últimas décadas; esta descripción dista de ser ilusoria tan pronto como se constate que los jueces no sólo monopolizan la oportunidad de examinar los argumentos presentados por los justiciables sino también la de forjar productos interpretativos autoritativos encaminados a regir el

erosión de las instituciones democráticas, la alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático, etc.), en tanto se trata de episodios que denotan una especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos.

(14) TRIBE, Laurence, H. - GUDRIDGE, Patrick, O. "The AntiEmergency Constitution", *Yale L. J.*, 113 (2004), pp. 1801-1870, 1870.

(15) WALZER, Michael, L. "The Politics of Difference: tatehood and Toleration in a Multicultural World", *Ratio Juris*, 10 (1997), pp. 162-182.

desenlace de la contienda que se somete ante ellos¹⁶ y hasta determinar el nivel de generalidad en el que los derechos constitucionales deben definirse¹⁷.

Pues bien, si hay una propiedad, con cierta gravitación, orientada a caracterizar el rumbo contemporáneo de la adjudicación constitucional, ella radica de estar al parecer de ciertos especialistas¹⁸ en un elaborado sistema de control de constitucionalidad compuesto de *múltiples niveles de escrutinio* [*tiers of scrutiny*], consistentes en diferentes métodos y estándares para evaluar la constitucionalidad de disposiciones normativas y actos; naturalmente los distinguos entre los diversos planos de confronte constitucional no se reducen a artefactos meramente retóricos, pues si se asiente su escalonamiento, median auténticos contrastes con consecuencias prácticas decisivas¹⁹.

El primero de los aspectos pone en evidencia, amén de los roles paradigmáticos que puedan atribuirse a cada esfera de fiscalización en el reconocimiento y limitación de los derechos, que los tribunales de justicia regentan la escena desde una posición central²⁰. Aun así, los académicos vienen desarrollando una notable labor en procura de comprender enteramente el segundo aspecto resaltado (sin dejar de alertar que, en cierto modo, han contribuido a una clara cuota de insularidad del discurso estadounidense sobre el asunto).

4. De allí que en el quehacer dogmático de algunos teóricos constitucionales salte a la vista una atractiva (y, por cierto, en nada trivial) discusión, al aseverarse que en oportunidad que los sujetos interpretativos impulsan el control de constitucionalidad resulta posible rastrear la práctica de *diferentes tests de revisión* de compatibilidad constitucional que reparan en una instancia de evaluación significativa y exigente, en más o en menos, en función de las distintas aéreas de restricción sobre las que impactan enunciados normativos, hechos, políticas públicas, etc., como en

(16) Puede encontrarse esta reflexión del *Rothgerber Professor of Constitutional Law* de la Universidad de Colorado en NAGEL, Robert, F. *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*, University of California Press, Berkeley, 1989, p. 9.

(17) TRIBE, Laurence H. DORF, Michael, C. "Levels of Generality in the Definition of Rights", *U. Chi. L. Rev.*, 57 (1990) 1057.

(18) De estar a la descripción presentada por JACKSON, Vicki, C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 197. *Vide etiam* CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 2019, pp. 726727, aunque con apoyatura como soporte del distingo en el impacto discriminatorio que exuda una disposición normativa aparentemente neutral, o bien, en el propósito de discriminación directamente perseguido por la autoridad normativa.

(19) SHAMAN, Jeffrey, M. *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Greenwood Press, London, 2001, p. 71.

(20) FALLON, Richard, H. *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny*, Cambridge University Press, New York, 2019, p. 2.

virtud de la catadura de las situaciones particulares involucradas y del espectro de derechos en juego.

El estándar estricto o riguroso dentro del sistema multinivel de escrutinio es un desarrollo relativamente contemporáneo²¹, ya que hay consenso en apuntar que despegó hacia fines de la década de 1950 y comienzos de la de 1960²², aunque se conceda con gran sorpresa que, cuando la fórmula moderna comenzó a evolucionar, hizo apariciones prácticamente simultáneas en múltiples rincones del Derecho constitucional²³, sin perjuicio de que también ha llegado a asociársela con un enfoque en el proceso de elaboración de decisiones judiciales que sujeta su resultado final a la observancia de los diferentes estándares de revisión cual auténticas reglas profilácticas²⁴, en mérito de las cuales los jueces son desafiados a bregar con productos jurídicos claros y viables mediante el montaje de doctrinas y tests que *implementan*, no sólo interpretan, principios y valores constitucionales²⁵.

(21) SHAMAN, Jeffrey, M. "Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny", *Ohio St. L. J.*, 45 (1984), p. 161.

(22) No es, entonces, casual que así lo glosen los estudiosos a la hora de indagar sobre los rasgos centrales de su historiografía: *v.gr.*, desde SIEGEL, Stephen, A. "The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny", *Am. J. Legal Hist.*, 48 (2006) pp. 355, 356, hasta BARNETT, Randy, E. "Scrutiny Land", *Mich. L. Rev.*, 106 (2008), pp. 1479, 1484.

(23) FALLON, Richard, H. "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA L. Rev.*, 54 (2007), pp. 1270, 1285, descartando –con contundencia que se trate de un rasgo intemporal del Derecho constitucional [*timeless feature of Constitutional Law*] sino, por el contrario, un novel desarrollo pretoriano que podría ser abandonado por el Tribunal supremo norteamericano en cualquier momento [*at any time*].

(24) STRAUSS, David, A. "The Ubiquity of Prophylactic Rules", *U. Chi. L. Rev.*, 55 (1988), p.190.

(25) FALLON, Richard, H. *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, pp. 45, al dejar en claro que, con frecuencia, los tribunales de justicia no podrían ceñirse a *determinar* el contenido de directrices generales de raigón moral anidadas en cláusulas constitucionales (*v.gr.*, libertad, igualdad, debido proceso, etc.), pues es –también su función *concretarlas* a través de una serie de compromisos y adaptaciones, las que comprenderían –en opinión del profesor de la Universidad de Harvard no sólo ajustes prácticos [*practical judgments*] sino también requerimientos de índole metaconstitucional, ilustrando en ocasión del argumentario expuesto en pp. 3238 con el principio de *democracia*, o bien, con la idea que la rama judicial del gobierno constitucional *comparte* con otras instituciones el *deber de implementación de valores fundamentales de una sociedad* (esta aclaración saca a relucir que se trata de una función habitual, y en ocasiones, necesariamente colectiva, a más de que engloba dos cometidos conceptualmente distintivos de un lado, la identificación de estipulaciones constitucionales como la especificación de su significado, y del otro, la elaboración de doctrinas o el desarrollo de estándares de revisión). De este modo, con sostén en un enfoque de interpretación judicial de la Constitución conectado con el mayoritarismo, su abordaje pasa por postular que las propias cortes de justicia detentan el poder de ofrecer –como Derecho– posicionamientos morales pese a que no cuenten con apoyatura mayoritaria aunque sí deban resultar sustentados en disposiciones susceptibles de imputarse con justicia a una comunidad constitucional amplia e inclusiva, a más que aquélla deba comportarse particularmente sensible a la aceptabilidad a largo plazo de sus conclusiones. La contrapartida de la preocupación de algunos académicos finca en advertir que esta tesitura revela que, en lugar de debatirlo en torres de marfil [*ivory towers*], el reto estriba en *hacer* del Derecho constitucional lo que es, también con gran alcance, viable y aceptable, *vide in extenso* BRIX, Brian, H. "Practical Judging", *Constitutional Commentary*, 19 (2002), pp. 453457.

El propósito del *test de ponderación* que han apoyado, principalmente desde el último cuarto del siglo XX, algunos documentos e intérpretes constitucionales, es de otra clase²⁶. En efecto, se aduce que en el texto constitucional estadounidense ninguna cláusula ha contemplado expresamente el mandato de un balanceo entre un derecho constitucional y el costo social de hacerlo cumplir²⁷, difícilmente de sus estipulaciones podría derivarse –con miras a justificar la intervención legislativa alrededor de algún derecho fundamental la exigencia de ensayar un juicio de ponderación con sostén en el *principio de proporcionalidad* [*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*] y sus subprincipios, y por lo pronto en un *métier a la alexiana*, mediante la articulación de los derechos fundamentales como mandatos de optimización que, en cuanto etiquetadas como normas de principios [*Prinzipien Normen*], ordenan su realización en la más alta medida en relación a posibilidades fácticas (adecuación y necesidad) y normativas (proporcionalidad en sentido estricto)²⁸.

(26) Un completo estudio en clave comparatista alrededor de las diferentes metodologías interpretativas (con énfasis en los sistemas jurídicos de Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia, Alemania, India y Sudáfrica), seguido de una minuciosa explicación de sus principales diferencias, puede consultarse provechosamente en GOLDSWORTHY, Jeffrey. “Constitutional Interpretation” ap. Rosenfeld, Michel – Sajó, Andrés eds. *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 693 y ss., 706 y ss. *Vide etiam* GRIMM, Dieter; “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *U. Toronto L. J.*, 57 (2007), p. 383.

(27) Este aspecto -en alguna medida crucial- ha sido puesto de relieve, entre otros estudios sobre el tópico, por BESCHLE, Donald L. “No More Tiers? Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases”, *Pace L. Rev.*, 38 (2018), pp. 384436. No es ocioso recordar además que, hace tiempo, la profesora de la Universidad de Harvard, Vicki C. Jackson, ha explorado el papel limitado de la prueba de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional estadounidense, cfr. JACKSON, Vicki, C. “Being Proportional About Proportionality”, *Const. Comment.*, 21 (2004), p. 803.

(28) De estar a la canónica explicación que sirve de base a la propuesta filosóficojurídica de Robert Alexy, el principio de adecuación [*Geeignetheit*] excluye el empleo de medios que perjudican la realización de, al menos, un principio, sin promover, al menos, un principio o meta a cuya realización sirven: “(...) si un medio *M* que fue establecido para promover la realización de un principio *Pa*, no fuera idóneo para esto mas sí perjudicara la realización de *Pb*; entonces de omitirse *M* no se originarían costos para *Pa* ni para *Pb*, aunque sí los habría para *Pb* de emplearse *M*. Pueden *Pa* y *Pb* ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse *M*; tomados conjuntamente, *Pa* y *Pb* prohíben el uso de *M*”, mientras que el principio de necesidad [*Erforderlichkeit*] requiere “(...) elegir, de entre dos medios que promueven *Pa* de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en *Pb*. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio *Pc* afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en *Pb*”. De allí que añade el Profesor de la Universidad de CristianAlbrechts de Kiel en esta constelación ya no ha de resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano, debido a que cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación. La ponderación, siendo así, es objeto del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el que resulta -a su juicio idéntico a una regla que se rotula *ley de ponderación*: “(...) como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”, de modo que es posible su descomposición en los siguientes pasos: primero, debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio; luego, debe seguir en una segunda fase la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario; y, finalmente –en un tercer estadio ha de

Hay en estos últimos diseños un modo completamente diferente de lidiar con el inevitable análisis de proporcionalidad sobre las medidas restrictivas de derechos (aun cuando aglutine algunos de los dispersos parámetros empleados en los diversos estándares estadounidenses). No sólo ha marcado este distingo desde 1982 la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* al estatuir, al inicio de su texto, que los derechos resultan sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática (art. 1)²⁹, también lo ha hecho –más tarde el constituyente sudafricano de 1996, pues –a lo largo del art. 36, § 1 insiste en que los derechos previstos en el *Bill of Rights* sólo podrán verse limitados por las leyes de aplicación general, siempre que dicha limitación resulte razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, tomando en consideración todos los factores relevantes entre los que se enlistan: (a) la naturaleza del derecho; (b) la importancia del propósito de su restricción; (c) la naturaleza y el alcance de la afectación; (d) la relación entre la limitación y su objetivo; y finalmente (e) los medios menos restrictivos para la consecución del móvil programado.

A partir de tales asertos, se desata una serie de no menos sugestivos interrogantes sobre la puesta en marcha de un modelo de revisión escalonada: ¿desde tal enclave podría argüirse que las *situaciones de emergencia* conllevan, tal vez, la realización de una tipología diferenciada de inspección de constitucionalidad, incluso, en contraste con la que acude a un distintivo nivel de escrutinio (desde el riguroso o estricto de *pedigree* norteamericano [“(…) *the most rigid scrutiny*”, de estar a la muestra del ensayado en *Korematsu vs. United States*³⁰] hasta el intermedio o distinto

averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro, *cfr.* ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp, Frankfurt, 1996, p. 75; *ib.*, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, 16 (2003), pp. 131140.

(29) CHOUDHRY, Sujit. “So What is The Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian Charter’s Section 1”, *Sup. Ct. L. Rev.*, 35 (2006), pp. 501535.

(30) *Cfr.* 323 U.S. 214, 216 (1944), en ocasión de subrayar que las restricciones legales que limitan derechos de un determinado grupo racial [*racebased classifications*] resultan “(…) *inmediatamente sospechosas*”, lo que supone que los “(…) *tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca*”, sin perjuicio de que mucho tiempo antes, hacia fines del siglo XIX, había dejado en claro que la Enmienda XIV [*Equal Protection Clause*] conllevaba una disposición constitucional que albergaba “(…) *un contenido común, esto es, asegurar a la raza recientemente emancipada, una raza que había sido sometido, durante muchas generaciones a la esclavitud, todos los derechos civiles que goza la raza dominante*”, *cfr.* *Strauder vs. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1879). Sobre la tradición jurisprudencial que ha demandado –sobre el punto la prueba, a fines de superar objeciones constitucionales, de que la regulación normativa es necesaria [*necessary*] y está confeccionada a la medida [*narrowly tailored*] para promover un interés gubernamental dominante o imperioso [*compelling government purpose*], *vide in extenso* *Johnson vs. California*, 543 U.S. 499, 505 (2005), *Republican Party of Minn. vs. White*, 536 U.S. 765, 77475 (2002), *Adarand Constructors Inc. vs. Peña*, 515 U.S. 200, 227 (1995); *R.A.V. vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 39596 (1992); *Perry Educ. Ass’n vs. Perry Local Educators’ Ass’n*, 460 U.S. 37, 45 (1983); *et al.* Por lo demás, los académicos tienden a describir la estructura del escrutinio programado para sondear los recaudos anteriormente mencionados de un modo que presuponen su justificación, *vide in profundis* STONE, Geoffrey, R. – SEIDMAN,

[*intermediate scrutiny*]³¹, descontando el mínimo, leve o de mera base racional [*rational basis review or minimal scrutiny*]³²), principalmente ante el empleo de categorías adjetivadas como *sospechosas* [*suspect classifications*] que fomentan motivos de discriminación prohibida por un texto constitucional o un documento internacional, o bien, comprometen ciertos derechos fundamentales particularmente favorecidos por sus autores [*preferred positions or vested rights*]³³?, ¿la táctica de edificar un es-

Louis, M. – SUNSTEIN, Cass, R. – TUSHNET, Mark, V. – KARLAN, Pamela, S. *Constitutional Law*, Wolters Kluwers, New York, 2018, pp. 521 y ss., 535 y ss.; GUNTHER, Gerald – DOWLING, Noel, T.; *Cases and Materials on Individual Rights in Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1970, p. 456 y 819 y ss; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1991, pp. 638 y ss. *Vide etiam* YAMAMOTO, Eric, K. *In the Shadow of Korematsu. Democratic Liberties and National Security*, Oxford University Press, New York, 2018, pp. 27 y 216.

(31) Esta versión tuvo su aparición, *v.gr.*, con motivo de los distinguos basados en la edad, tal como se descubre en el parecer de Thurgood Marshall al expedirse en el caso *Massachusetts Bd. Of Retirement vs. Murgia*, cfr. 427 U.S. 307 (1976). El profesor de la Universidad de Berkeley, Erwin Chemerinsky, muestra que en este nivel de testeo el juicio de compatibilidad constitucional de la restricción a los derechos se torna más severo en el plano del examen de adecuación entre medios planeados y fines perseguidos, pues aquí a diferencia del *rational basis review* no basta que los primeros fomenten *de alguna manera* la consecución de los segundos; por el contrario, si bien no se requiere que la relación mediofin sea necesaria, sí se reclama una conexión *sustancial* para la consecución del objetivo propuesto, sin descuidar –por lo restante que también emerge un matiz en lo tocante al grado de tolerancia que se presta a la finalidad estatal tenida en miras por el artífice del enunciado normativo: se trata de un objetivo gubernamental adjetivado como *importante*, y no meramente legítimo, cfr. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 2019, p. 727.

(32) Seguramente de la especie del expuesto –en términos ciertamente inflexibles, según Erwin Chemerinsky en ocasión de sentenciar el asunto *F. S. Royster Guano vs. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920), al referir que la clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y –también que la diferencia ha de fundarse en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares sean tratadas de igual modo, sin perjuicio de otros ejemplos de definiciones más deferentes –en cuanto al peso de las razones para justificar la afectación a los derechos por parte de la propia Corte: *v.gr.*, al tiempo de fallar los asuntos *Lindsley vs. Natural Carbonic Gas Co.* [220 U.S. 61, 7879 (1911), cuanto *McGowan vs. Maryland*, 366 U.S. 420, 425426 (1961)], de tal modo que será suficiente con que, a la postre, la distinción luzca *razonablemente vinculada a un propósito legítimo del Estado* a fines del mantenimiento de su conformidad constitucional, cfr. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 2019, pp. 734 y ss. En este orden de ideas, *vide etiam* *Ferguson vs. Skrupa*, 372 U.S. 726, 72932 (1963), *Williamson vs. Lee Optical of Okla. Inc.*, 348 U.S. 483, 487489 (1955), *Olsen vs. Nebraska ex rel. W. Reference & Bond Ass'n*, 313 U.S. 236, 246-47 (1941), *et al.* *Vide etiam* STONE, Geoffrey, R. – SEIDMAN, Louis, M. – SUNSTEIN, Cass, R. – TUSHNET, Mark, V. – KARLAN, Pamela, S.; *Constitutional Law*, Wolters Kluwers, New York, 2018, pp. 497519.

(33) No son pocos los estudiosos que han comenzado con la consideración (y discusión también) alrededor de una eventual taxonomía de especímenes de escrutinio a la hora de poner en práctica la revisión constitucional, *vide in profundis* TRIBE, Laurence, H. *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988, pp. 2, 415434, 1451 y 1673 (al margen de hacer notar que la teoría de los *vested rights*, que sirve de articuladora a la particular conexión entre derechos y diseño institucional que predica el modelo de *preferred rights*, puede comportarse como precursora del despliegue del ideario de derechos naturales a través del estándar de debido proceso sustantivo); ELY, John, H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp. 145 y ss.; TUSHNET, Mark V. “Equal Protection” *ap.* Hall, K.L. – Ely, J.W. – Grossman, J.B. –Eds. *The Oxford Companion to the Supreme*

pécimen diverso de testeo constitucional por su cotejo más minucioso y severo, moldeado primordialmente por los jueces, está exenta de tornarse *compleja* y hasta arduamente *conflictiva* debido a la ambigüedad y vaguedad de los términos con los que debe bregar o con los que se construye, al punto que su rigurosidad teórica termine edulcorándose fatalmente en la realidad a instancia de la incertidumbre y confusión sobre la variable que los tribunales de justicia, al fin y al cabo, privilegian en sus decisiones³⁴?, ¿se ha afianzado algún acuerdo sobre la cantidad de candidatos

Court of the United States, Oxford University Press, New York, 2005, p. 299; CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 2019, pp. 589 y 727 y ss.; STONE, Geoffrey, R. – SEIDMAN, Louis, M. – SUNSTEIN, Cass, R. – TUSHNET, Mark, V. – KARANLAN, Pamela, S. *Constitutional Law*, Wolters Kluwers, New York, 2018, pp. 520720 (reparando, en estas condiciones, no sólo en las categorizaciones raciales sino también en otros candidatos a escrutinios de mayor intensidad: *v.gr.*, género, extranjería, salud, grupos desventajados, etc.); *et al.*

(34) FALLON, Richard, H. “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA L. Rev.*, 54 (2007), pp. 1267, 13151330, en cuya operación el intérprete ha de familiarizarse, al menos, con tres premisas decisivas para el buen suceso de su matriz argumentativa: (i) primeramente, deberá identificar los *derechos cuya stirpe preferida o privilegiada (v.gr., desde las libertades de religión, expresión, reunión, etc., hasta los casos que involucran derechos fundamentales bajo la cláusula de igual protección e, inclusive, a la luz del debido proceso también) supone que la revisión de su limitación demandará la puesta en marcha de una escrutinio estricto [strict scrutiny]*, por lo menos desde que en 1938 el Tribunal cimero estadounidense usó la expresión en el caso *United States vs. Carolene Products Co.*, en el sentido que se topará con “(...) un margen más estricto para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad” cada vez que la legislación aparezca “(...) dentro de una prohibición específica de la Constitución, como las de las primeras diez enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando se las abraza dentro de la Decimocuarta”, *cfr.* 304 U.S. 144 (1938); más tarde, ha de rastrear la (ii) presencia de un *interés público dominante o imperioso (v.gr., resguardo de la seguridad nacional, prevención de la corrupción, no vulneración de protecciones constitucionales explícitas, etc.)*, con origen y fundamento directo en el propio documento constitucional (de estar a la exégesis vertida en *Regents of the Univ. Of Cal. vs. Bakke*, 438 U.S. 265, 311313 (1978), aunque en algunos pronunciamientos se haya rendido esta prueba sobre una exigua o inexistente base de indagación textual, tal como aconteció en ocasión de la protección de la niñez [*Denver Area Educ. Telecomms. Consortium Inc. vs. FCC*, 518 U.S. 727, 755 (1996)], como así también en casos de preservación de la vida de personas por nacer como de la salud de mujeres embarazadas [*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, 16263 (1973)]), y cuya carga de acreditación se endilga a la autoridad gubernamental; al final, se impone dilucidar si la (iii) regulación es *necesaria* para servir al mencionado propósito, descartando la existencia de otras medidas más eficaces en el cumplimiento de aquél y, por ende, menos restrictivas de los derechos [*least restrictive alternative*], de tal modo que la normativa bajo examen puede declinarse en su validez constitucional en supuestos en los que el gobierno pueda alcanzar los mismos resultados en el caso de imponer menores cargas a los derechos protegidos. Ahora bien, acontece que un enunciado normativo no llega a sortear el escrutinio estricto si falla en captar dentro de su regulación actividades que plantean sustancialmente las mismas amenazas al propósito estatal imperioso, dejándolas sin prohibición alguna y disminuyendo la credibilidad de la justificación aportada por la autoridad gubernamental debido a la omisión de cobertura de supuestos que, de conformidad con la finalidad perseguida, debieron abarcarse [*Underinclusiveness*], *cfr.* *Fla. Star vs. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 541542 (1989), *Associate Justice Antonin G. Scalia (concurring in part)*, mientras que igualmente se desaprobarán las legislaciones que luzcan sustancialmente en exceso o en demasía inclusivas al cubrir un campo de candidatos que, con arreglo al propósito programado, no era menester involucrar [*Overinclusiveness*], y esto último aun en las hipótesis en la que no medie una alternativa menos restrictiva, *cfr.* VOLOKH, Eugene. “CrimeFacilitating Speech”, *Stan. L. Rev.*, 57 (2005), p. 1136. A todo evento, puede suceder que ante el hallazgo de medidas de idéntica o mayor eficacia, sea menester practicar

a los niveles de escrutinio diferenciado, pues mientras algunos teóricos³⁵ enlistan en el modelo norteamericano desde 3 hasta 7 planos de análisis, entre nosotros ciertos expertos aducen que en el escenario criollo del control judicial de constitucionalidad se reconocería, además del tradicional ensayo de mera razonabilidad, indagaciones de perfil intermedio y hasta intenso? ³⁶, ¿basta, posiblemente, con invocar esquemas

un cotejo a través del principio de proporcionalidad [*Proportionality*] en lo atinente al fin perseguido por el autor del precepto, de manera que se despeje la concurrencia de otras medidas que, con un menor coste para los derechos, rindan, a la postre, una mayor eficacia. Por lo demás, sobre la censura lanzada a los resultados interpretativos (habitualmente de sesgo conservador) que admiten un interés estatal imperioso de carácter implícito, *vide* ACKERMAN, Bruce. "Liberating Abstraction", *U. Chi. L. Rev.*, 59 (1992), pp. 317318, en la opinión que, de lo contrario, el desenlace no es otro que glorificar los poderes estatales y, a la par, rebajar la protección constitucional de los derechos.

(35) Ilustra el aspecto que se subraya en el interrogante reseñado, *v.gr.*, WHITE, Edward. "Historicizing Judicial Scrutiny", *S. C. L. Rev.*, 57 (1) (2005), pp. 3553, sin descontar el análisis sobre el que se aboca, con ahínco, RANDALL, Kelso, R. "United States Standards of Review Versus the International Standard of Proportionality: Congruence and Symmetry", *Ohio N. U. L. Rev.*, 39 (2013), p. 455.

(36) ELÍAS, José Sebastián. "Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil", *Revista de Teoría del Derecho*, I (2013) pp. 115156, con la aclaración sobre que el caso de legislación de emergencia económica ilustraría el carácter móvil de los estándares de inspección constitucional (en tanto representaría, en la experiencia constitucional argentina, uno de los primeros antecedentes de contralor de intensidad diferenciada si se retiene la exigencia de "(...) *cuidadoso examen*" en relación a las limitaciones que tienden a proteger intereses económicos, *cfr.* CSJN, Fallos 136:170, en ocasión de sentenciar el caso "Ercolano", o bien, la exigencia de que los magistrados lo practiquen con "(...) *cuidadoso empeño*" en supuestos en que el legislador invoca y ejerce poderes de emergencia, *cfr.* CSJN, Fallos 313:1638 –al zanjar el asunto "Videla Cuello", debido a la convicción de que las autoridades judiciales –en situaciones de emergencia han de "(...) *extremar su vigilancia sobre la legislación*", *cfr.* CSJN, Fallos 243:472 –según el parecer concurrente, en el fallo "Russo", de los jueces Aristóbulo Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte, sin perjuicio –claro está del deber del legislador de expresar su pensamiento con "(...) *mayor claridad*", *cfr.* CSJN, Fallos 150:150, en el fallo "Compañía Azucarera Tucumana"), al tiempo de hacerse notar que a diferencia de los tipos diferenciados de revisión aplicables en casos de normalidad (los que, en rigor, intensifican la revisión), la interpretación posterior que se imprimió en el terreno de la emergencia económica parecería –en principio– tornarla más laxa mediante una actitud sumamente deferente respecto de los poderes públicos que despliegan restricciones al adoptar decisiones fundamentales de política económica (ilustrando, *v.gr.*, con los pronunciamientos vertidos en "Peralta" –CSJN, Fallos 313:1513, "Bustos" –CSJN, Fallos 327:4495, "Rinaldi" –CSJN, Fallos 330:855, etc.), cuando no rayana en una gimnasia de abdicación judicial (CSJN, Fallos 211:162, al decidir el asunto "Merck Química Argentina S.A."). Se advierte –además que la estrategia de los tests diferenciados de constitucionalidad, no es –empero uniforme en el Derecho judicial argentino: *v.gr.*, si bien la jueza Carmen Argibay ha sugerido la utilización del escrutinio estricto en ocasión del examen de regulaciones por motivos de emergencia económica (CSJN, Fallos 329:5913, en el caso "Massa"), tratamientos distintivos entre nacionales y extranjeros (CSJN, Fallos 330:3853, en el fallo "Reyes Aguilera"), recaudos de decretos de necesidad y urgencia (CSJN, Fallos 333:633 y 334:799, en los precedentes "Consumidores Argentinos" y "Aceval Pollachi" respectivamente), etc., lo cierto es que, con todo, ha propiciado primordialmente su puesta en práctica en oportunidad de la denuncia de categorías sospechosas en los términos del art. 1 de la CADH (*v.gr.*, CSJN, Fallos 329:2986, en el caso "Gottschau"; *ib.*, Fallos 331:1715, en el asunto "Mantecón Valdés"; *ib.*, Fallos 332:433, en el fallo "Partido Nuevo Triunfo"). Igualmente se ha expedido la jueza Elena I. Highton de Nolasco sobre este último espacio de un juicio de constitucionalidad más riguroso al que, a menudo, realizan los magistrados (tal como se corrobora en su decisión en el caso "Hooft", CSJN, Fallos

y conceptos netamente jurídicos para sortear los densos *problemas políticos y morales* que rodean a las razones con las que los artífices del Derecho de emergencia aspiran a brindarle sostén normativo, o debería convenirse que las visiones politicofilosóficas se conjugaran con principios y contextos de la moralidad para incorporar distinciones substancialmente significativas entre los *meros daños a la libertad* y los *injustificables insultos a la dignidad*, todo ello con la meta de hacerse en lo que a los últimos atañe de una justificación ética de la emergencia más honesta, sustancial o legítima³⁷?, ¿hay propuestas que alienten, quizás, la inconveniencia de apelar al manejo en medio de un verídico campo de batalla de estándares disímiles en vista al logro de una fiscalización constitucional emplazada contextualmente en virtud del volumen tutelar que demandan ciertos derechos o de la situación de debilidad de ciertos grupos y personas, o debería más bien continuar apostándose a la creencia *ex ante* de que los derechos serán equivalentemente resguardados por las instituciones políticas y jurídicas, incluso a través de una teoría de revisión unitaria [*unitary revision*] que combine enfoques en apariencia distintos³⁸?, ¿un estándar que ningún acto, norma o medida puede sortear no sería tan hipócrita como uno que aquellos pueden satisfacer³⁹?, ¿una puerta de salida atractiva consistiría, tal vez, en abogar a favor de un mayor empleo, tal como surge de tribunales extranjeros e internacionales, de

327:5118, sin descuidar su línea de razonamiento en el ya reseñado asunto “Partido Nuevo Triunfo”). Otro tanto se detalla –también en la hipótesis de propósitos de discriminación prohibida en lo tocante al criterio hermenéutico alentado por el juez Ricardo L. Lorenzetti (a través del desenlace patrocinado en los casos “Mantecón Valdés” y “Partido Nuevo Triunfo”), aunque se ha hecho notar que en el enjuiciamiento de regímenes de emergencia económica ha albergado argumentos más bien proclives a la ejecución de un escrutinio intermedio: “(...) *todo aquel que pretenda restringir un derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión*”, cfr. CSJN, Fallos 329:5913, en el asunto “Massa”, *ib.*, Fallos 330:855, en el caso “Rinaldi”; etc.). *Vide etiam* Sánchez Brígido, Rodrigo Elías, José Sebastián; “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, JA 13 (2012-IV) 903. Sobre un panorama de mayor alcance alrededor de la posibilidad, y hasta de la reticencia, de rastrear algunos tipos centrales de exámenes de constitucionalidad con astringencia variable (o distinta de la habitual) en otras temáticas no siempre homogéneas del universo de los derechos (*v.gr.*, libertad de expresión, igualdad, derechos políticos, inviolabilidad del domicilio, intimidad, etc.), *vide in extenso* SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo ELÍAS, José Sebastián. “Los distintos anteojos de la Corte según los derechos en juego” *ap.* Rivera, Julio (h.) dir.-, *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, t. III, pp. 1415 y ss.

(37) La inquietud que se presenta ha sido elaborada ampliamente por MICHELMAN, Frank, I. “Foxy Freedom?”, *B. U. L. Rev.*, 90 (2010), p. 949.

(38) Con el propósito de complementar –con mayor hondura los planteamientos reseñados en el texto, *vide in extenso* GOLDBERG, Suzanne, B. “Equality Without Tiers”, *S. C. L. Rev.*, 77 (2004), p. 481, como así también DORF, Michael, C. “Equal Protection Incorporation”, *Va. L. Rev.*, 88 (2002), p. 951, aunque el profesor de la Universidad de Cornell, pese a su crítica alrededor de los indicios de *suspectness*, consienta el dato que el texto constitucional estadounidense bien puede patrocinar una revisión más rigurosa en supuestos de clasificaciones motivadas en ciertos rasgos, cualidades o propiedades individuales o colectivas.

(39) BARNETT, Randy, E. *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 347.

la nueva mirada de la *proporcionalidad*⁴⁰, cuanto menos si se asiente que el diseño escalonado estadounidense termina por limitar la flexibilidad de los jueces y hasta retratar falsamente a la adjudicación de derechos como un ejercicio mecánico que opera bajo un código constitucional⁴¹?, etc.

5. Lo que este menú de preguntas sugiere, *avant la lettre*, es que algunos entendidos del Derecho constitucional parecen decididos a suscribir a fondo la tesis de que la práctica institucional de vigilancia de la Constitución por los jueces se trama en la interacción e interrelación de una gran variedad de formas de cotejo en lugar de la monotonía de un modelo general invariable, al punto que sus portavoces se muestran prestos a contemplar un completo universo en el que las distintas especies de escrutinios justificarían una teoría bien construida del control de constitucionalidad, pese a que las posturas rivales glosadas ambicionen a más demostrar sus inconsistencias o incoherencias.

¿Cómo han de juzgarse estos posicionamientos? Hacer una crónica de las derrotas o victorias de las premisas argumentativas que cada una de las interpretaciones en competencia conllevan, excede con creces la meta de la empresa teórica que aquí se aspira y demanda, antes que nada, una atención más vasta y compleja que la que al presente puede prestársele.

Lo que sí necesita brevemente comprenderse, en parte, es el *entorno* en el que se confecciona este sistema multinivel de revisión constitucional, el que luce íntimamente vinculado con el papel endilgado a la Suprema Corte estadounidense a fines del siglo XX y principios de la centuria pasada; originariamente la regulación de su jurisdicción apelada prevista en el art. III, Sec. n.º 2, de la Constitución estaba albergada en una de las leyes orgánicas de la justicia federal más astutamente fabricadas⁴², se trataba de la *Judiciary Act* de 1789, cuya Sección n.º 22 empoderó al

(40) Un tratamiento perspicaz en esta línea de razonamiento puede encontrarse provechosamente en JACKSON, Vicki, C. "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *Yale L. J.*, 124 (2015), pp. 3097-3098, 3152. Entre las discusiones de potencial interés sobre la proporcionalidad, descontando por cierto su compleja fisonomía tanto de (i) técnica normativa cuanto de (ii) regla de construcción jurídica y hasta de (iii) herramienta metodológica e interpretativa (de estar a la taxonomía insinuada en BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p. 131), el lector se topará con un agudo informe sobre su situación de característica -prácticamente dada por sentada en el dominio del constitucionalismo en STONE SWEET, Alec MATHEWS, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Colum. J. Transnat'l L.*, 47 (1) (2008), pp. 727-6, sin perjuicio de hacerse notar que el balanceo de consideraciones en conflicto ha sido exhibido, incluso, como una nota tipificante del pensamiento jurídico en el actual contexto global -rasgo arraigado con firmeza, a entender de Duncan Kennedy, desde la segunda posguerra, *vide in profundis* KENNEDY, Duncan. "Two Globalizations of Law & Legal Thought", *Suffolk U. L. Rev.*, 36 (2003), p. 631.

(41) MATHEWS, Jud – STONE SWEET, Alec. "All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing", *Emory L. J.*, 60 (2011), p. 799.

(42) GOEBEL, Julius. *History of the Supreme Court. The Oliver Wendell Holmes Device*. Macmillan, New York, 1971, v. I, p. 457. *Vide etiam* WARREN, Charles. "New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789", *Harv. L. Rev.*, 37 (1923), p. 131.

Tribunal cimero norteamericano a través del *writ of error*- para conocer únicamente asuntos civiles sujetos a un determinado monto en disputa y fiscalizar las sentencias definitivas de los tribunales federales inferiores, mientras que la Sección n.º 25 le adjudicó competencia a través del mismo medio para revisar una cuestión federal abordada por las decisiones de los superiores tribunales de los Estados. Sin duda, el comité que había proyectado la *Judiciary Act* de 1789 tenía en mente el diseño institucional de un foro de resolución de disputas entre los Estados miembros de la federación de los americanos del Norte y, por ende, de vigilancia del acatamiento del Derecho federal por parte de los tribunales estatales⁴³.

Será, más tarde, que se asistirá al espectáculo de un gradual proceso de reformas legislativas, desencadenado primeramente a partir de la *Evars Act* de 1891, la que introdujo, mediante su Sección n.º 6, un *writ of certiorari* limitado a casos en los que el adversario perdidoso en el pleito carecía de chance de interponer un *writ of error* (26 Stat. 826), sin perjuicio de sucesivas alteraciones de su radio de acción: mientras en 1914 los magistrados supremos podían examinar sentencias de tribunales estatales en las que se hubiera decidido a favor de los derechos previstos en el texto constitucional y no solamente en sentido adverso (38 Stat. 790), dos años después esta jurisdicción comprendía las decisiones de las cortes de justicia estatales en las que se hubiera vertido una declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso o de la Legislatura estatal (39 Stat. 726). Empero, a instancias del *Chief Justice* William H. Taft, se promovió una iniciativa legislativa que habría de cuajar con la sanción de la *Judiciary Act* de 1925 (43 Stat. 936) y cuyo *ethos* no era otro que el de avivar la imagen de la Corte Suprema como un árbitro de los asuntos judiciales de gravitación nacional para el sistema judicial en su integridad mediante el establecimiento de reglas definitivas y uniformes de Derecho federal en todos los campos⁴⁴ y la asignación de autoridad jerárquica para establecer el Derecho para cualquier tribunal de justicia inferior federal y estatal⁴⁵.

Tal solución por cierto, en el contexto de un incremento de la carga de trabajo judicial suponía una fuerte apuesta en aras de la discrecionalidad en la repulsa de los recursos judiciales (inherente al *writ of certiorari*) por parte de la Suprema Corte y de una faena a su cargo orientada hacia el público en general (más que a los litigantes que contendían en un concreto litigio), en la que se dismantelaba la labor como *Court of error*, encauzada, hasta entonces, a revertir las decisiones judiciales

(43) La significación de toda esta dinámica ha sido adecuadamente apreciada por GROVE, Tara, L. "Tiers Of Scrutiny In A Hierarchical Judiciary", *Geo. J. L. P. P.*, 14 (2016), pp. 475491.

(44) GROVE, Tara, L.; *op. cit.*, p. 478. *Vide etiam* ROTUNDA, Ronald, D. – NOWAK, John, E. *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, Thomson West, St. Paul, 2007, v. I, pp. 105 y ss.

(45) FRIED, Charles. "Impudence", *Sup. Ct. Rev.*, 155 (1992), pp. 189190.

inferiores caso por caso y se patrocinaba, en contraste, una exposición que clarificara el Derecho y mantuviera, a la larga, sus principios generales en beneficio público⁴⁶.

Esta explicación reveló también el innegable propósito de transferencia de un sustancioso poder de revisión a los tribunales inferiores⁴⁷, de ahí que los integrantes de la Corte americana -con miras a asegurar y expandir la superioridad jerárquica de su exégesis constitucional pronunciaron, cada vez en mayor medida, *precedentes amplios* a los que los juzgadores inferiores debían subordinarse en los muchos casos en los que aquéllos carecían de capacidad verificadora con la meta de asegurar la armonía de las decisiones interpretativas como el enjuiciamiento apropiado de asuntos de interés general⁴⁸ a través del énfasis en la enunciación de la doctrina por sobre la resolución de disputas⁴⁹.

¿Cuál ha sido el lugar ganado por la doctrina de los niveles de escrutinio en tal trama histórica? Precisamente en las décadas que siguieron a la trascendental reforma de 1925 ante la imposibilidad de inspeccionar la decisión de cada tribunal inferior, el Tribunal cimero estadounidense prescindió del estándar de mera razonabilidad [*reasonableness standard*], que pese a su relativa indeterminación, había surtido un primordial efecto corrector mientras aquél retenía una jurisdicción de apelación obligatoria sobre la mayoría de los casos presentados bajo la forma de una cuestión federal y optó, en cambio, por la articulación de doctrinas, entre ellas, la de un sistema multinivel de revisión que guiaran a los tribunales federales y estatales, con una mayor dosis de predictibilidad, estabilidad, coherencia y unidad, a lo largo de un rango de casos que la Corte federal ya no podía supervisar y retuvieran, así, su liderazgo hermenéutico mediante la capacidad de propinar la última palabra [*the last word*] sobre cualquier asunto constitucional susceptible de resolución judicial⁵⁰.

(46) Sobre el punto, *vide in extenso* TAFT, William, H. *William H. Taft Papers*, Library of Congress, Washington, 1969, pp. 278 y 590; *ib.*, "Jurisdiction of Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court", Hearing on H.R. n.º 10479 before the H. Comm. on the Judiciary, 67th Cong. 2 (1922).

(47) FRANKFURTER, Felix – LANDIS, James. *The Business of the Supreme Court. A Study in the Federal Judicial System*, Macmillan, New York, 1928, p. 260.

(48) HELLMAN, Arthur, D. "Caseload, Conflicts and Decisional Capacity: Does the Supreme Court Need Help?", *Judicature*, 67 (1983), p. 30.

(49) En lo tocante a las observaciones sugeridas en el texto, *vide in profundis* MONAGHAN, Henry, P. "On Avoiding Avoidance, Agenda Control and Related Matters", *Colum. L. Rev.*, 112 (2012), pp. 668669, sin perjuicio de los beneficios que se derivan -al efecto de la lectura de STRAUSS, Peter, L. "One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action", *Colum. L. Rev.*, 87 (1987), pp. 10931095.

(50) También pueden hallarse indicaciones en este sentido en GROVE, Tara, L. "Tiers Of Scrutiny In A Hierarchical Judiciary", *Geo. J. L. P. P.*, 14 (2016), p. 485; MONAGHAN, Henry, P. "On Avoiding A avoidance, Agenda Control and Related Matters", *Colum. L. Rev.*, 112 (2012), p. 730; FALLON, Richard, H. "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA L. Rev.*, 54 (2007), p. 1287; *et al.*

Sin duda esta es la fuente de las razones que justificaron en su momento aventar una teoría de los estándares diferenciados de control constitucional, aunque todavía abrigue una cuenta pendiente con la *claridad* que debería imperar en su puesta en práctica, especialmente en hipótesis en las que los miembros de la Corte se han apartado o prescindido de las reglas que los gobiernan o, inclusive, han fracasado en su ejecución⁵¹ a fines de evitar tropezar con defectos de inconsistencia y arbitrariedad⁵², como incurrir, además, en desajustes por la falta de aplicabilidad de un más riguroso escrutinio de revisión sobre actos, disposiciones o políticas que tienen un impacto diferenciado en grupos minoritarios⁵³.

Sin embargo, la insinuación de tal estado del arte como de tales antecedentes –cuanto menos, en sus puntos fuertes ofrece motivos para vislumbrar que, más allá de la inevitable globalización del Derecho constitucional⁵⁴, los operadores jurídicos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) deberán lidiar, tarde o temprano, con el núcleo argumental dominante de una discusión similar: ¿dónde hubo o hay control de convencionalidad como tal?, ¿se encuentra, en parte alguna, una inspección de convencionalidad que haya ganado una homogeneidad en grado tal que disipe articulaciones entre figuras diferenciadas de la concreción jurisdiccional de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos en el ámbito doméstico (arts. 1 y 2 CADH), al margen de que el ejercicio hermenéutico que consiste el monitoreo de la adecuación de normas y actos jurídicos internos al *corpus juris* interamericano, como a los estándares interpretativos acuñados al respecto, puede ponerse en marcha en el ámbito internacional

(51) El lector que pretenda una evaluación más incisiva de esta observación puede consultar tanto GROVE, Tara, L. *op. cit.*, p. 486, como así también FALLON, Richard, H. *op. cit.*, p. 1301.

(52) MATHEWS, Jud – STONE SWEET, Alec. “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing”, *Emory L. J.*, 60 (2011), pp. 799801.

(53) JACKSON, Vicki, C. “Constitutional Law in an Age of Proportionality”, *Yale L. J.*, 124 (2015), p. 3175.

(54) TUSHNET, Mark, V. “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, *Va. J. Int. L.*, 49 (2009), p. 985.

y nacional?⁵⁵, ¿si se asiente con Patrick Glenn que las *tradiciones no son puras*⁵⁶, no debería estarse atento al hecho que tomar prestado (*legal borrowing*) el modelo de los escrutinios diferenciados que tanto controvierten los constitucionalistas, puede descarriar hacia una peligrosa *trampa epistémica*, por lo menos debido a la tendencia natural de estructurar las observaciones de otras experiencias jurídicas con arreglo a la pre-compresión implícita de que tales soluciones cumplen las mismas funciones en el orden normativo de la Convención?⁵⁷, etc.

(55) En este punto, puede ser de gran utilidad releer la descripción precisa de los elementos básicos de esta institución en NASH ROJAS, C. "Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ADCL, XIX (2013) 489509, 490. Asimismo es de beneficiosa consulta la lectura crítica sobre el punto en especial, el parecer que aduce que la mentada doctrina entraña una comprensión problemática de la Corte IDH como un centralizado Tribunal Constitucional a nivel regional o cuanto menos una Corte de Casación supranacional y, a la vez, sugiere como alternativa un despliegue que descansa, en mayor medida, sobre la práctica estatal: la Corte de San José, antes que nada, debería reparar en las formas de desarrollo constitucional de índole nacional con la meta de proporcionar una justificación más robusta a la afirmación de que su autoridad es, y debe ser, internacional, no constitucional, con motivo de las reflexiones de CONTESSÉ, Jorge. "The International Authority of the InterAmerican Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine", *International Journal of Human Rights*, 22 (2018), pp. 11681191, recordando que ciertos académicos han apostado por construir la autoridad supraconstitucional del Tribunal interamericano en dos sentidos: como un órgano *superior vis-à-vis* autoridades domésticas, aunque también cual institución de entidad *constitucional*; tales lecturas descuidan, a su entender, que -en rigor la autoridad de la Corte IDH no es sino internacional y que, a la postre, sólo se convierte en constitucional por vía de la adjudicación interna cuanto de la movilización política a cargo de los tribunales y las legislaturas nacionales en oportunidad de internalizar la exégesis de la Corte IDH sobre disposiciones internacionales (de lo contrario, se margina que, si la legitimidad denota el proceso a través del cual el poder político como su obediencia son justificados, la figura de un tribunal regional con poderes limitados pero significativos hará más para afianzar aquélla). *Vide etiam, ib.* "The Final Word? Constitutional Dialogue and the InterAmerican Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* 15 (2017), pp. 414-435.

(56) GLENN, Patrick; *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 38.

(57) La admonición, con la meta de conjurar eventuales desengaños, es autoría de Thomas Duve, profesor de Derecho comparado de la Universidad Goethe (Frankfurt am Main), cfr. DUVE, Thomas. "El Derecho comparado en Alemania" *ap.* Cartwright, John - Duve, Thomas - Ponthoreau, MarieClaire - Somma, Alessandro (Cesano, D. -coord.), *Diálogos con comparatistas del Derecho*, Alción, Córdoba, 2021, pp. 40 y ss., pese a consentir que gran parte de sus colegas estarían de acuerdo con tal advertencia, patrocina la conveniencia de desarrollar un método que permita comprender sistemas culturales enraizados en culturas diferentes a través de la identificación de conceptos que posibiliten entenderlos a partir de sus propias lógicas (sin interferencias anacrónicas) pero tampoco sin pérdida de la comunicabilidad con el presente. Otro tanto acontece con el riesgo, al hacer un empleo pragmático de las decisiones judiciales foráneas, de una falacia de evidencia o prueba incompleta (*cherry picking*), sin preocupación alguna por justificar la selección de fuentes judiciales de inspiración foránea (cuando no se utilizan clandestinamente) y con el ánimo de confirmar (y hasta reforzar) la solución jurídica ansiada dejando de lado los casos individuales o datos que la contradicen o modulan, cfr. PONTTHOREAU, MarieClaire. "El Derecho comparado en Francia" pp. 69 y ss. *Vide in profundis* GROPPPI, Tania PONTTHOREAU, MarieClaire; *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2013, pp. 1 y ss., 411 y ss.

III. ¿Una Constitución a extramuros del Pacto de San José? Del escrutinio de convencionalidad al uso hacia el de convencionalidad diferenciado. A propósito de una primera muestra: el examen convencional en circunstancias de emergencia

6. Despejado ello, la manera en que se tipificaron las perspectivas teóricas que reconstruyen la teoría de la revisión constitucional a partir de diferentes categorías de escrutinios permite adelantar el propósito del análisis, puesto que de tales preocupaciones surge una reflexión amplia en torno a las razones para suponer que niveles diferenciados de control serían *deseables* dependiendo de la estructura de incentivos existente la que, sin duda, puede diferir respecto de la variedad de derechos⁵⁸, aunque también desde un enfoque de derechos humanos nutrido desde el acoplamiento con el Derecho internacional de los derechos humanos⁵⁹ puede explorarse si afloran otras *atendibles* razones que militen en pos de abonar el inicial convencimiento.

Desde este enclave, una corriente de pensamiento se apresta a evaluar las pretensiones de un *modelo global de derechos fundamentales*⁶⁰, en donde se equipa al razonamiento judicial⁶¹ con los más probados estándares de protección que es susceptible de rendir un orden jurídico cosmopolita⁶², entre ellos el análisis de proporcionalidad, y un punto de vista *convencional* y no sesgadamente constitucional⁶³, en donde los instrumentos internacionales de derechos humanos se erigen en *documentos paradigmáticos*⁶⁴ que albergan enunciados normativos de primordial importancia para

(58) GROSSMAN, Peter, Z. COLE, Daniel, H. "Protecting Private Property with Constitutional Judicial Review: A Social Welfare Approach", *Review of Law & Economics*, 5 (1) (2009), pp. 233235.

(59) Un ejercicio teórico provechoso para aproximarse desde el comparatismo crítico a los fundamentos empíricos y bases metodológicas del discurso de convergencia de los Derechos constitucionales en abono de un constitucionalismo global, puede encontrarse en FRANKENBERG, Günter - PONTHEOREAU, MarieClaire. *Crítica del Derecho (público) comparado*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, 2021, pp. 153 y ss.

(60) Los componentes más radiales de tal enfoque enlistados por Kai Möller se aglutinan en torno al amplio alcance asignado a los derechos a veces, con tensiones despertadas por el fenómeno de su inflación, la aceptación de su efecto horizontal, las obligaciones positivas a cargo de autoridades públicas y cada vez más la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos y culturales, sin descuidar el empleo frecuente de las doctrinas de *balancing* y proporcionalidad con miras a determinar las limitaciones permisibles sobre aquéllos, *vide in profundis* MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 2 y ss., 29 y ss., 99 y ss., 134 y ss., 178 y ss.

(61) SLAUGHTER, AnneMarie. "Judicial Globalization", *Va. J. Int'l J.*, 40 (2000), pp.1116-1120; "A Global Community of Courts", *Harv. Int'l L.J.*, 44 (2003), p. 191.

(62) STONE SWEET, Alec; "A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe", *Global Constitutionalism*, I (2012), pp. 5390. Vide etiam BENHABIB, Seyla; "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms" *ap.* Benhabib, Seyla Post, Robert coords., *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 13.

(63) BARAK, Aharon. "Proportionality" *ap.* Rosenfeld, Michel Sajó, Andrés eds. *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 740.

(64) Se trata, por cierto, de una estimación sobre la que ha tomado la delantera, hace tiempo ya, ACKERMAN, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism", *Virginia L. Rev.*, 83 (4) (1997), pp.

los operadores del texto constitucional doméstico máxime cuando, con arreglo a cada diseño constitucional, algunas declaraciones, pactos y convenciones son granjeados con rango normativo constitucional o equivalente a una reforma de la ley fundamental y hasta, en ciertos supuestos, con cotización supraconstitucional.

¿A qué viene, entonces, describir los rasgos más salientes de los acuerdos y desacuerdos que cautivan a los expertos alrededor de la doctrina de distintos niveles en el test de constitucionalidad?, ¿es, tal vez, persuasible, en tiempos como los actuales de crisis de las democracias nacionales cuanto de procesos internos deconstituyentes (hasta en los diseños institucionales más adelantados), aventar la hipótesis de una embrionaria Constitución global que vincule a centenares de diferentes comunidades (a veces en conflicto entre sí)²⁶⁵, ¿resulta, en rigor, asequible la tentativa de reconstrucción y análisis de algunas sentencias paradigmáticas de la Corte IDH con el propósito de evidenciar de qué modo las nociones de redistribución y reconocimiento (en aras de la consecución de paridad participativa) dan cuenta de la argumentación normativa relativa a la aplicación del principio de igualdad (al menos, desde la convicción que debería nutrir el concepto clave de inclusión)²⁶⁶, etc.

771797. *Vide etiam* Choudhry, Sujit; "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Ind. L. J.*, 74 (1999), p. 819; HENKIN, Louis. "A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects", *14 Cardozo L. Rev.*, 14 (1993), p. 533; *et al.*

(65) La inquietud, tal como ha sido plasmada en el texto, se debe a una serie de recientes reflexiones a cargo de Luigi Ferrajoli, cfr. FERRAJOLI, Luigi. "Per una Costituzione della Terra", *Teoria politica, Nuova Serie Annali*, 10 (2020), pp. 3957, 40, en las que, a partir de la presentación de los principales argumentos escépticos que aquí toman lugar (el de la inexistencia de un pueblo global homogéneo cuanto el de la existencia de Estados soberanos), se exploran los desafíos globales a las razones legales y políticas que sustentarían, a juicio del profesor de la *Università Roma Tre*, la necesidad y urgencia de una expansión del paradigma constitucional sobre el plano internacional.

(66) Una reflexiva y detallista muestra al respecto (aunque abonada con decisorios interamericanos sobre derechos de comunidades indígenas) se encuentra en CLÉRICO, Laura –ALDAO, Martín; "Sobre la igualdad como pilar del Derecho constitucional latinoamericano" *ap.* von Bogdandy, Armin Ferrer MacGregor, Eduardo –Morales Antoniazzi, Mariela –coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Querétaro, 2017, pp. 217 y ss., sugiriendo (según el nivel de exigencia que se imprima a la evaluación de la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias), la disponibilidad a favor de los intérpretes, en este terreno, de por lo menos 3 especímenes de *escrutinios de igualdad jurídica material*, a saber: (i) *leve o de mera racionalidad* (en el que se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador, de modo que la carga de la argumentación descansa en el agente que formula el reclamo igualitario y sólo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta de lo contrario, se confirmará la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación); (ii) *intermedio* (en razón de la presencia de una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, puesto que no solamente la primera tiene que ser plausible sino además demostrarse un enlace estrecho entre clasificación y razones justificatorias y, a la vez, alegarse algún fin estatal importante que justifique el acto clasificatorio); y, finalmente, (iii) *estricto* (cuyo examen se lleva adelante cuando en el planteo de la cuestión igualitaria se sospecha que la exclusión luce injustificada e inconstitucional en mérito de la afectación de un grupo de personas

Cecilia Medina Quiroga ha alertado que mal puede abordarse nuestro sistema regional de derechos humanos, al menos si se pretende hacerlo de una manera comprensible, sin brindar un particular miramiento a la forma en que allí los principios de respeto y garantía de los derechos humanos, como de la democracia, se han desarrollado⁶⁷.

Dado lo anterior, no podría perderse de vista a Armin von Bogdandy quien ha advertido últimamente que, en sus más de 40 años de vigencia, la CADH se ha convertido en un *pilar del constitucionalismo transformador latinoamericano*, erigiéndose, entonces, en una de las herramientas con mayor relevancia en pos del objetivo de avanzar a lo largo y lo ancho de la región en el respeto y garantía de los derechos humanos⁶⁸. Sin embargo, tampoco podría dejar de ponerse en resalto que esta diagnosis no siempre ha sido así, puesto que al reconocerse que su performance en el pasado ha sido un hueso duro de roer, se impuso construir sobre ella a través de la guía de la necesidad de cambios al punto que, luego, se ha desaguado hacia un

históricamente o socialmente discriminadas y en tanto las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad, sin perjuicio de que los principales componentes de este juicio más riguroso suponen la siguiente combinación de aspectos: (iii.a) la presunción de la arbitrariedad de la discriminación subsiste como punto de partida del razonamiento del operador jurídico; (iii.b) la carga de la argumentación se traslada en cabeza de los sujetos que alegan la justificación de la clasificación por lo general, el Estado; (iii.c) exigencia agravada de justificación, atento que la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación alega y justifica razones más que importantes por ejemplo, un fin estatal imperioso; (iii.d) inexistencia de medios alternativos que pudieran evitar la clasificación; (iii.e) aplicación de la regla epistémica en virtud de la cual si persisten dudas al final de la argumentación, cabe reputar a la clasificación y sus efectos como arbitraria). Si bien –se añade esta última intensidad del testeo de igualdad jurídica material es mucho más exigente, se controvierte que sea una herramienta argumentativa lo suficientemente potente para conmovir un *status quo* fuertemente desigualitario que, como consecuencia de una estructuración social dada, se encarna en prácticas sistemáticas de discriminación, de modo que en pos de que los grupos vulnerables ejerciten sus derechos en condiciones de igualdad es menester el fomento, dentro de un paradigma de igualdad como no dominación o no sometimiento, de medidas estatales de acción positiva (este mandato implica, siendo así, un hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: (i) sigue omitiendo; (ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho; y (iii) si lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso).

(67) MEDINA QUIROGA, Cecilia. *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the InterAmerican System*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, p. 21.

(68) VON BOGDANDY, Armin. “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario” *ap. Por un Derecho común para América Latina, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2020, pp. 31 y ss., al extremo que –a su entender– para estudiar el Derecho constitucional en Latinoamérica con relación al Derecho internacional no hay instrumento más importante que la CADH en vigor desde el 18 de julio de 1978. *Vide etiam ib.*, “The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights” *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts*, InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, pp. 63 y ss.

sistema que se halla en constante transición en virtud de dinámicas elaboraciones y reelaboraciones⁶⁹.

¿Cómo ha sido narrado por el aludido Director del *Max Planck Institute* de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg el *contexto* en el que cobró vuelo tan sorprendente desarrollo? Su reflexión empieza por hacer presente los desafíos que plantean en América Latina la violencia extendida, la exclusión social, la desigualdad extrema, la debilidad institucional (a la que tributan, por lo demás, otros trabajosos fenómenos como lo son, *v.gr.*, el hiperpresidencialismo, la falta de independencia judicial, la corrupción, etc.)⁷⁰, etc. Ante tal diagnóstico, se anota que desde principios del siglo XX se ha inferido de la CADH la existencia de un *mandato*, adscrito a las instituciones del SIDH, de *participar* en la arena del *constitucionalismo transformador* (entendido, a instancia del rótulo acuñado en el seminal trabajo de Karl E. Klare⁷¹, como la interpretación y aplicación de disposiciones de carácter

(69) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "The InterAmerican Human Rights Jurisdiction: A Long Journey" *ap.* BurgorgueLarsen, Laurence - Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. XXVIII-XXIX.

(70) Sobre el vasto y complejo horizonte del escenario global se ha dicho que, quizás, las Américas importan la región en donde emergen las más grandes divergencias políticas, sociales, económicas, etc., *cfr.* KUMAR, Anuradha. *Human Rights. Global Perspectives*. Sarup, New Delhi, 2002, pp. 78 y ss. Igualmente en torno al registro de las deficiencias de sesgo estructural, *vide in extenso* HUNEEUS, Alexandra. "Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts", *Yale J. Int. Law*, 40 (1) (2015), pp. 240; PIOVESAN, Flávia; "Ius Constitutionale Commune in Latin America: Context, Challenges and Perspectives" *ap.* von Bogdandy, Armin Ferrer MacGregor, Eduardo - Morales Antoniazzi, Mariela Piovesan, Flávia - Soley, Ximena -eds., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 50 y ss., etc., como así también la incidencia del efecto de disonancia democrática y de quiebre interno de los textos constitucionales, *cfr.* GARGARELLA, Roberto. *La derrota del Derecho en América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, pp. 51 y ss.

(71) KLARE, Karl E. "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, 14 (1998), pp. 146, 150. Más próximamente Luigi Ferrajoli ha insistido con delinear los presupuestos teóricos de un movimiento de opinión que milita en pos de un constitucionalismo más allá de los Estados o de su versión estatal actual, aunque bajo la etiqueta de "constitucionalismo supranacional" [*costituzionalismo sovranazionale*], encaminado al objetivo de salvaguardar la supervivencia de la persona humana ante las amenazas en que lo sumen las políticas irresponsables del gobierno, y al que le endilga no sólo el reto de colmar el *vacío de Derecho público* (casi equivalente a su flagrante violación) producido por la asimetría entre el carácter global de los actuales poderes salvajes (primordialmente, los que habitan el mercado) y el talante predominantemente localista de la política y el Derecho, sino también la suficiencia epistémica para acarrear una hipótesis teórica de reformulación de la tradicional tipología de separación funcional del poder mediante la proyección de un sistema institucional que se equipa con la sencilla distinción entre instituciones de gobierno (esto es, aquellas investidas de funciones políticas, de elección e innovación discrecional sobre la *esfera de lo decidible*, de tal modo que comprenden la ejecución de actividades estrictamente gubernamentales de orientación política y elección administrativa aunque también las de índole legislativa) y de garantía (es decir, las investidas de atribuciones de interpretación y aplicación jurídicas, en particular del principio de la paz y los derechos fundamentales, con el propósito de salvaguardar la *esfera de lo no decidible*). Solamente así cabe predicar la provisión de funciones e instituciones supraestatales de garantía que

constitucional de manera que impulsen un cambio social sustancial o profundo para la consecución de determinados objetivos fundamentales). El compromiso con esta decisiva orientación se postula se tornaría en el fundamento jurídico de una *jurisprudencia de los derechos humanos que aborda los problemas estructurales* precedentemente inventariados, alumbrando, siendo así, un ambicionado *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, encaminado a operar cual *Derecho común de derechos humanos* con pretensión de influencia en la vida real de toda persona⁷².

Un pasaje del reciente voto parcialmente disidente del juez Patricio Pazmiño Freire, en ocasión de despachar su parecer en la OC n.º 26/20, así parece ilustrarlo aunque en relación a los contenidos del principio democrático y la noción de interés público interamericano:

(...) En nuestra región, donde existe pluralidad de sistemas jurídicos y políticos de raigambre y tradición, culturalmente diversos, la democracia representativa, en su concepción más acotada, resulta insuficiente para agotar las exigencias del principio democrático. En esta misma línea, hace ya varios años, eventualmente luego de la fase nefasta de la época dictatorial, a partir de los años ochenta, se viene desarrollando en América Latina un constitucionalismo que busca no sólo reconocer los derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas y tribales o de los colectivos de diversidad sexual, sino su plena participación en los asuntos públicos (...) en esta medida el principio democrático no sólo se agota en la representación formal, sino que requiere incorporar el concepto de "democracia participativa". Es decir, se orienta a que la "reformulación constitucional [e internacional, incorpore,] introduzca y desarrolle " las instituciones más avanzadas [tales como,] la consulta popular a nivel local o nacional, las elecciones primarias para selección de candidatos, el plebiscito, el referéndum, la revocatoria del

estén a la altura de los centros de poder económicos y políticos globales, cfr. FERRAJOLI, Luigi. "Per una Costituzione della Terra", *Teoria politica*, Nuova Serie Annali, 10 (2020), pp. 3957, 4144. *Vide in extenso ib.*, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma, 2013.

(72) VON BOGDANDY, Armin. "El mandato transformador del sistema interamericano. Legitimidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario" *ap. Por un Derecho común para América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 33. *Vide etiam ib.*, "The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights" *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts*, InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, pp. 61 y 67; *ib.*, "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual" *ap. von Bogdandy, Armin-Ferrer MacGregor, Eduardo - Morales Antoniazzi, Mariela -coords., Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Querétaro, 2017, pp. 149 y ss. También Peter Häberle, aunque desde las incumbencias epistémicas de un enfoque de la ciencia cultural, ha subrayado la actuación de la justicia constitucional mediante un papel de *transformación* de enunciados normativos (en ocasiones meramente declarativos y hasta utópicos) en realidades concretas, la que decantaría hacia la construcción de una *jurisprudencia común iberoamericana*, cfr. HÄBERLE, Peter. "México y los contornos de un Derecho constitucional común americano: un *Ius Commune Americanum*" *ap. Häberle, Peter-KOTZUR, Markus. De la soberanía al Derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Méjico, 2003, pp. 82-83.

*mandato de dignidades de elección popular”, así como la creación innovadora de nuevas funciones del poder público, como la función electoral, la creación de mecanismos constitucionales de participación ciudadana en la gestión, control y escrutinio del poder público, así como la emergencia de procesos de reformulación constitucional a partir de las asambleas constituyentes*⁷³.

Un desplante a la descripción que antecede podría anotarse si se retiene el hecho que en la CADH no se albergarían cláusulas específicas que fomenten originariamente un mandato con el alcance mentado (al menos, entre 1969 y 1978, tan sólo con dificultad podía sospecharse que el texto del Pacto de San José sirviera de espólón, en el medio de regímenes autoritarios o represivos, a los cánones de un constitucionalismo transformador)⁷⁴, aunque este desencajamiento parece perder perplejidad ante el set de rasgos sobresalientes que –precisamente a partir de la década de 1980 del siglo pasado- los constituyentes latinoamericanos asestan a gran parte de las leyes fundamentales (y sus cambios) que debaten, proyectan y promulgan: desde la inclusión de *amplios catálogos de derechos* (a menudo de realización progresiva) hasta el abundante empleo de diferentes *cláusulas de apertura y articulación* hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos (a los que atribuyen, cuanto menos, un rango especial en su ordenamiento jurídico interno). En un momento como el detallado, el Tribunal interamericano imprimió una interpretación de sesgo evolutivo a las disposiciones de la CADH y, al hacerlo, tal *giro hermenéutico* no pudo sino desaguar en una forma *específica (a lo latinoamericana)* de constitucionalismo transformador⁷⁵.

(73) Cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 5. Del voto parcialmente disidente del juez Patricio Pazmiño Freire.

(74) De allí que algunas estudiosas sean del parecer que en sus albores institucionales las expectativas depositadas en la Corte de San José en orden a mejorar el goce efectivo de los derechos humanos de las personas en las Américas eran lisa y llanamente poco estimulantes, primordialmente ante el dato de las masivas y sistemáticas violaciones cometidas por los regímenes dictatoriales, cfr. PASQUALUCCI, Jo, M. *The Practice and Procedure of the InterAmerican Court of Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2013, pp. 6 y ss. Para un diagnóstico más vasto en torno a los avances alcanzados con ulterioridad, *vide etiam ib.*, “*The InterAmerican Human Rights System: Progress Made and Still to be Made*”, *German Yearbook of International Law*, 52 (2009), p. 181.

(75) VON BOGDANDY, Armin. “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisprudencial extraordinario” *ap. Por un Derecho común para América Latina*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 34; *ib.*, “The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights” *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts*, InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, pp. 6566. Paola Acosta Alvarado ha explicado que el proceso de humanización experimentado por el Derecho internacional (junto a las aludidas transformaciones constitucionales en la región) despejó un escenario propicio para la *interacción de los jueces*: primero, desde que ambos ordenamientos, interno y metanacional, asumen la protección de los derechos humanos como uno de sus objetivos básicos; segundo, en razón que sendos regímenes jurídicos reconocen el importante papel de los tribunales

Lo sugestivo de esta aproximación es que permite comprender que, al final, así como la soberanía y el consentimiento del Estado son consideradas las piedras angulares de las obligaciones en Derecho internacional, el compromiso estatal con el pleno respeto y garantía de los derechos humanos tal como manda el art. 1 de la Convención se erige en un presupuesto esencial de la consolidación democrática y abona a un posicionamiento legítimo del Estado frente a la comunidad internacional⁷⁶, máxime en el contexto de un ejercicio de aplicación de las estipulaciones convencionales de conformidad con la noción de *garantía colectiva*⁷⁷ y en aras de su cumplimiento con *buena fe* (esto es, al ritmo universal del principio *pacta sunt servanda*)⁷⁸.

de justicia en relación con su tutela y, finalmente, resaltan la gravitación de su interacción para perfeccionar tal salvaguarda. Dentro del descripto contexto, afloran distintas disposiciones normativas con el cometido de fomentar, como un genuino plexo o bloque, el *diálogo entre las cortes de justicia*: de un lado, las estipulaciones interamericanas, entre las que se glosa al principio de subsidiariedad (referido en el Preámbulo de la CADH), las obligaciones generales de respeto, garantía y adaptación, las reglas sobre interpretación, el derecho de acceso a la justicia, la cláusula sobre reparación integral como sobre cumplimiento y fuerza vinculante de las sentencias, etc.; en el otro, los enunciados normativos de apertura del Derecho constitucional al Derecho internacional (*v.gr.*, incorporación, jerarquía, remisión, etc.), como así también de articulación (*v.gr.*, interpretación conforme y cumplimiento), *cfr.* ACOSTA ALVARADO, Paola. “Ius commune interamericano. Brevisimas notas sobre el concepto de diálogo” *ap.* von Bogdandy, Armin-Ferrer MacGregor, Eduardo - Morales Antoniazzi, Mariela -coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Querétaro, 2017, pp. 371 y ss.

(76) *Cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, pp. 48 y 53.

(77) La de garantía colectiva entraña a juicio de los jueces de San José una noción subyacente a todo el sistema interamericano, en especial cuando la Carta de la OEA hace referencia a la *solidaridad y buena vecindad de los Estados en el continente americano*, y se traduce, pues, en una *obligación general de protección* en cabeza tanto de los Estados Partes de la Convención como los Estados Miembros de la OEA entre sí, en vista de asegurar la efectividad de dichos instrumentos. Al propio tiempo, ha subrayado que las cláusulas de derechos humanos, tanto aquellas convencionales como las que se derivan de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, reflejan “(...) valores comunes e intereses colectivos que se consideran importantes y, por tanto, lo suficientemente dignos de beneficiarse de la aplicación colectiva”, *cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, pp. 163164. Es más, supone un mecanismo en mérito del cual incumbe a todos los Estados cooperar entre sí de buena fe para cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto regionales como universales, *cfr.* Corte IDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sent. Serie C/n.º 153, de fecha 22.9.2006, p. 132, descontando que la aludida obligación de cooperación se adjetiva con “(...) carácter erga omnes, por cuanto debe ser cumplida por todos los Estados, y de carácter vinculante en el Derecho internacional”, *cfr.* Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. OC-25/18, Serie A n.º 25, de fecha 30.5.2018, p. 199.

(78) *Cfr.* Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 54, de fecha 24.9.1999, p. 40; *ib.*, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 55, de fecha 24.9.1999, p. 9; *ib.*, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sent. Serie C/n.º 205, de fecha 16.11.2006, p. 62.

Con todo, sería un error no divisar en esta tentativa vernácula que anhela con estructurar la comunidad política y, a la par, auspiciar innovaciones sobre sus déficits estructurales, algunas singularidades regionales⁷⁹; por lo pronto, se glosa que su (i) punto de apoyo no solamente estribaría en los *textos constitucionales domésticos* sino, más bien, en su *interacción con un régimen internacional* surtido desde dos instituciones operativas (tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en adelante, Comisión IDH, cuanto la Corte IDH)⁸⁰, sin descuidarse que este sistema de dos niveles es complementado por el dato de un (ii) *diálogo horizontal* entre agentes nacionales (sobre todo, aunque no exclusivamente, la justicia constitucional), cada uno de los cuales se involucran en pos de un discurso regional que se sirve de las decisiones surgidas de la hermenéutica de la CADH y emanadas de la Corte de San José cuya sustancia, entonces, no sólo *informa* pues también *guía*, en su quehacer exegetico, a los integrantes de una fidedigna *sociedad abierta de intérpretes convencionales*⁸¹.

(79) VON BOGDANDY, Armin. "El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario" *ap. Por un Derecho común para América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 34; *ib.*, "The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights" *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts -comp.*, InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, p. 66.

(80) A juicio de la Corte IDH, ello supone una narrativa en la que toma cuerpo un atrayente proceso de internacionalización de los derechos fundamentales de la persona, de su codificación y desarrollo progresivo (tanto a nivel universal como interamericano) con la suficiente potencia para erigirse en un *límite infranqueable al poder estatal*, cfr. Corte IDH, *La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC6/86, Serie A/n.º 6, de fecha 9.5.1986, p. 21.

(81) En este orden de ideas, *vide in profundis* HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, Fabris, Porto Alegre, 1997, pp. 42 y ss., en función de una propuesta que hace mella en las siguientes inquietudes: si el proceso de interpretación constitucional es infinito y el constitucionalista aparece apenas como un mediador *-Zwischenträger*, el resultado de su actividad interpretativa está sometido a una reserva de consistencia *Vorbehalt der Bewährung*, puesto que, a la postre, aquélla se encuentra sujeta a la constatación de su adecuación y aptitud para respaldar justificaciones diversas y variadas, o bien, alentar modificaciones por medio de alternativas razonables. En puridad, no campea aquí sino la idea de un radio de interpretación constitucional ampliado a través de un proceso constitucional concreto, en el que toman parte decisivamente los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, debido a su estatus de participantes centralísimos de una labor de prueba y error, de descubrimiento y obtención de razones jurídicas (condición que, a la sazón, los revela potencial y actualmente aptos para ofertar distintas alternativas de exégesis constitucional); al fin, la interpretación constitucional traduce la pluralidad de la esfera pública y de la realidad *die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*, como así también las necesidades y posibilidades de la propia comunidad –las que aun cuando consten en un texto, lo anteceden y, a veces, subyacen. Lo expuesto, sin perjuicio de su compromiso teórico con la idea de que la fuerza regulatoria de una Constitución, en el campo de una sociedad pluralista, no puede sino exhibirse como un proyecto *-Entwurf* en un constante devenir (en lugar de la imagen de una obra normativa definitivamente cancelada), cfr. *ib.*, "Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken" *ap. Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum, Königstein, 1980, p. 4.

Esta última particularidad, la de la función orientadora respecto de cada operador jurídico nacional, ha estado y aún se encuentra revestida de una atrayente polarización⁸², primordialmente entre quienes denuncian el despeñe del Tribunal interamericano de derechos humanos hacia los confines de un *activismo judicial desenfrenado* al extremo de no titubear en calificarlo *ultra vires*, i.e., que trasciende los poderes otorgados por la autoridad normativa del SIDH y, por ende, ladea el eje de su conformidad con la CADH, y, en contrapunto, los que postulan en vista a despejar cualesquier atisbo de arbitrariedad que la Corte IDH, como cualquier tribunal de justicia internacional, debe, en principio, aplicar la *misma interpretación a casos futuros similares* (cuanto menos, si los sujetos interpretativos internos deben maniobrar con estipulaciones constitucionales que le adjudican al DIDH un papel clave en su orden jurídico), a más de sufragar la idea que la interpretación evolutiva que tanta potencia ha insuflado al mandato transformador no es el resultado de un desarrollo unilateral, tampoco de una operación de arribaabajo (*topdown*), sino, más bien, conlleva un *proceso* en el que *coadyuvan numerosos actores*, para los que la jurisprudencia de la Corte de San José no entraña sino una respuesta a las diferentes expectativas y comprensiones por ellos aportadas; dejando sentado, con todo, que esta explicación se revitaliza por la circunstancia que la CADH y sus instituciones se encuentran *integradas*⁸³ en las bases constitucionales de sus Estados Parte (apelando, con frecuencia, al *constructo* del bloque de constitucionalidad), de modo que en lo que aquí incumbe si bien tal consideración puede llegar a justificar que los jueces acepten y respalden la interpretación de la Corte regional de derechos humanos (al entender su valía para el cumplimiento de sus consignas constitucionales nacionales), tampoco podría sufragarse al punto de abogar a favor de una supremacía incondicional de sus decisorios en *cualquier situación*, debido a que el llamamiento ha sido a favor de *soluciones matizadas*, o bien, de *convergencia en cuestiones cruciales*⁸⁴.

Entender esto último, aun cuando algunos convengan que la doctrina del control de convencionalidad ha registrado el impacto propio de una revolución

(82) En Derecho, como en política, el desacuerdo –alerta Cass R. Sunstein puede ser una fuerza productiva y creativa que revele errores, muestre brechas, movilice la discusión y los resultados en buenas direcciones, cfr. SUNSTEIN, Cass, R.; *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 58.

(83) Sobre la incorporación de contenidos del DIDH a los sistemas jurídicos domésticos, *vide in extenso* HUNEEUS, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the InterAmerican Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell Int. L. J.*, 44 (2011), pp. 493, 526.

(84) *Vide in profundis* VON BOGDANDY, Armin. “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario” *ap. Por un Derecho común para América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 3543; *ib.*, “The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights” *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts* –comp., InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, pp. 6971. Se perdería, entonces, la fuerza de la sugerencia prohibida por el *Associate Justice* Oliver W. Holmes en orden a que *los principios generales no deciden los casos particulares*, cfr. *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 48, 69 (1908).

prácticamente copernicana⁸⁵ o se enfatice el hecho que los Estados al hacerse parte de un tratado multilateral de derechos humanos comparten con los demás ciertos idearios y principios axiológicos universales⁸⁶, es preliminar para dar un paso más en la argumentación y suponer que, al margen de situaciones inusuales, también en el campo de la jurisprudencia interamericana hay espacio para albergar *acuerdos de teoría incompleta* que contribuyan, como buen punto de partida, a iluminar un *perdurable rompecabezas convencional*: cómo miembros de diversas sociedades pueden trabajar juntos en términos de respeto mutuo en medio de agudos desacuerdo⁸⁷. Es que, según lo previenen Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, es posible lejos de las aparentemente infranqueables diferencias descubrir un vector que aglutina a cada uno de los Estados y sus múltiples culturas: su membrecía, al fin, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos⁸⁸.

(85) BURGORGUE-LARSEN, Laurence. ‘Chronicle of a Fashionable Theory in Latin America: Decoding the Doctrinal Discourse on Conventionality Control’ *ap.* Haeck, Yves - Ruiz Chiriboga, Oswaldo - Burbano Herrera, Clara -eds., *35 Years of the InterAmerican Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 637 y ss.

(86) Cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 56.

(87) SUNSTEIN, Cass, R. ‘Incompletely Theorized Agreements’, *Harv. L. Rev.*, 108 (1995), pp. 1733-1772, *ib.*, *One Case at a Time. Judicial Minimalism in the Supreme Court*, Harvard University Press, New York, 1999, pp. 3 y ss., en el parecer que, descontando los supuestos en los que media suficiente información y acuerdo para zanjar una disputa sobre compromisos o convicciones fundamentales, mal podría descuidarse la consideración de que, dada la dificultad de obtener, en ciertas situaciones, anuencias sobre las abstracciones fundamentales y a la vez conformidad respecto de la existencia de valores diversos (todo lo cual no haría sino atentar contra la posibilidad real de un orden normativo de base), los partícipes de las controversias jurídicas, especialmente en las que se encarnan desavenencias y conflictos sobre los asuntos más trascendentales para una comunidad lo que intentan es, al fin y al cabo, producir *acuerdos carentes de una teoría completa* en decisiones concretas o arreglos particulares [*incompletely theorized agreements*], en lugar de teorizar el asunto de manera exhaustiva y, así, coronar a gran escala y de forma ambiciosa convergencias *sobre principios fundamentales*. En efecto, con frecuencia, en los casos difíciles que se desatan alrededor de la interpretación de un enunciado normativo se alumbran consensos sobre *prácticas* o *resultados* singulares y hasta en lo atinente a la *explicación* que ofrezca principios de nivel bajo o medio en favor de éstos (inclusive, en lo tocante a los derechos fundamentales), cuando, en cambio, no es posible hacerlo acerca de sus *teorías* sustentadoras (en torno a las cuales se diverge abruptamente, o bien, se albergan dudas o incógnitas). Este modo de proceder, por cierto, recoge una trama de ventajas (*v.gr.*, la promoción de la estabilidad social, la reducción de los costos políticos de desacuerdos duraderos primordialmente si lucen severos o intensos, el amplio grado de apertura hacia nuevos hechos y perspectivas en comunidades orientadas hacia una evolución moral y progreso en el tiempo; la demostración de humildad, reciprocidad y respeto mutuo, etc.), las que resultan, por cierto, radiales para la construcción exitosa de reglas fundamentales en una sociedad pluralista –aun cuando se consienta que los acuerdos de teoría incompleta deben estar sujetos, a la larga, a la crítica y escrutinio, cfr. SUNSTEIN, Cass, R. ‘Incompletely Theorized Agreements’, *Harv. L. Rev.*, 108 (1995), p. 1746. Pueden replicarse las caracterizaciones que anteceden en otra obra del profesor de la Universidad de Harvard, bajo el título *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 35 y ss.

(88) BURGORGUE-LARSEN, Laurence - ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The InterAmerican Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, p. XXX.

Si lo dicho hasta acá viene impuesto, en cierta medida, por la circunstancia de que la Convención es uno de esos tratados cuyas reglas textuales pretenden desarrollar una serie de valores para la protección de la persona humana frente al Estado, dentro de un marco democrático y de observancia de sus derechos y libertades esenciales (de estar a las previsiones de los arts. 1 y 2, a más de las reseñas explícitas habidas en sus pasajes preambulares), lo cierto es que la propia Corte de San José ha hecho notar que existen en la actualidad una *diversidad de grados de protección interamericana de los derechos humanos* en el continente⁸⁹.

Ahora bien, esta visión entusiasta tropezaría, empero, con una comprensión desatinada si abrigara la sensación que el mandato para impulsar el constitucionalismo transformador de abolengo regional aunque abierto resulte, a la postre, indeterminado; por el contrario, con el paso audaz de pergeñar la doctrina del control de convencionalidad, lo cierto es que así como la Corte IDH contribuyó radicalmente a propiciar el despliegue de un entendimiento común sobre una normativa general de derechos humanos que impele a medidas estructurales para zanjar deficiencias de

(89) Cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, pp. 5657, al estimar de importancia puntualizar que: (i) algunos Estados han otorgado una protección plena de los derechos a las personas bajo su jurisdicción, al haber ratificado la Convención y también aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH (cfr. art. 62 CADH), sin perjuicio que adicionalmente (ii) ciertos países han asumido el compromiso de respetar y hacer respetar los derechos convencionales al haber ratificado el Pacto aunque no han aceptado la mentada cláusula de competencia contenciosa, mientras que (iii) otro grupo de Estados miembros de la OEA se mantiene en un umbral de protección mínimo a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la OEA bajo la supervisión de la Comisión IDH (al no haber ratificado aún la CADH). En las condiciones señaladas, queda claro que a juicio de los jueces de San José “*alcanzar la universalidad de la protección plena que brinda el SIDH es, pues, una aspiración legítima del propio sistema en su conjunto, de los Estados Miembros de la OEA, y de todos y cada uno de las y los habitantes del continente americano independientemente de su nacionalidad, quienes constituyen los titulares de derechos y destinatarios principales de todo el régimen de protección*”, al margen no es sobreabundante destacarlo que existen otros tratados de derechos humanos de carácter regional que pese a exudar también diversos grados de ratificación refuerzan la protección de derechos humanos en el continente. En efecto, luego de la adopción del Pacto se narra la constatación de una *codificación temática progresiva* en el marco del SIDH: *v.gr.*, al incorporarse el reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales al ámbito de protección a través del Protocolo adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Protocolo de San Salvador*), o bien, al adoptarse el Protocolo a la CADH Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. A la par, la OEA propició el *desarrollo progresivo y temático* de distintos instrumentos interamericanos sobre derechos humanos: *v.gr.*, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belém do Pará*), Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, etc. Dichos tratados -se afirma imponen obligaciones internacionales más específica específicas y reforzadas, en relación con los temas abordados, a los Estados que los han ratificado, cfr. *ib.*, Opinión Consultiva OC26/20, p. 85.

igual tenor (*tomando en serio*, prácticamente en el más rancio sentido dworkiniano⁹⁰, preceptos y estándares de la CADH que hasta hace casi media centuria no eran más que cláusulas latentes), al propio tiempo despejó la imagen de jueces que puedan hacer simplemente lo que crean mejor. En rigor de verdad, se ha dicho que aquí el *Hércules de Dworkin confiere una idea errónea de lo que sucede en San José*, pues los magistrados judiciales lucen restringidos por los marcos de los casos y la realidad social, la metodología jurídica, la colegialidad, los procedimientos, los precedentes, la necesidad de construir y preservar la autoridad del tribunal, etc.⁹¹.

7. La cuestión de los niveles diferenciados de escrutinio vuelve, así, a aparecer aunque esta vez en el campo de la agenda del control de convencionalidad⁹² y, con ello, la indagación debería comenzar no por casualidad por advertir que no sólo la *existencia* de mecanismos de revisión sino también su *expansión* hacia nuevos territorios, descubren al lector aspectos estrechamente asociados a su *justificación*, pues lo que hace convincente postular el despliegue de un juicio más severo y riguroso de convencionalidad no podría desconocer que el alcance y la intensidad del contralor a medida que se incrementan, también acrecientan proporcionalmente la dosis de la legitimidad que se demanda cual respaldo de su ejercicio⁹³.

Este modo de concebir el asunto invita a considerar un inicial ejemplar en el pretendido surtido de pesquisas diferenciadas de convencionalidad sobre restricciones a los derechos. Y tal inaugural muestra remite, al instante, a la contundente reafirmación por parte del SIDH de un auténtico *coto vedado*⁹⁴ de los derechos en

(90) DWORKIN, Ronald, M. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, pp. 82 y 116117.

(91) VON BOGDANDY, Armin; "El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario" *ap. Por un Derecho común para América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, pp. 44 47.

(92) Hay todo un cautivador breviarario que en el parecer de Sergio García Ramírez involucra asuntos todavía en discusión: *v.gr.*, la universalización de los derechos y las jurisdicciones en los que deben ser resguardados, la cultura de los derechos humanos y el rol de la opinión pública, el status de la Corte IDH como un tribunal de casos paradigmáticos (principalmente valiéndose de estándares de amplio alcance y definiciones progresivas que reconstruyen los marcos jurídicos domésticos a la luz del de cuño internacional), la recepción interna de las directrices interpretativas transnacionales, la capacidad estructural de gestar la necesaria armonía entre los propósitos proclamados y los recursos disponibles, etc., *cfr.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "The InterAmerican Human Rights Jurisdiction: A Long Journey" *ap. Burgorgue-Larsen, Laurence - Úbeda de Torres, Amaya, The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, p. XXVII.

(93) ELLIOTT, Mark, A. *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, p. 18.

(94) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Representación y democracia" *ap. Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 644 y ss., lo expuesto -por cierto al margen que dada la naturaleza de los tratados de derechos humanos, su objeto y fin, así como la relación asimétrica entre el individuo y el Estado, la garantía colectiva también atiende a que las personas bajo la jurisdicción del Estado no queden desprovistas de un *umbral mínimo de protección de sus derechos humanos*, *cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 164.

situaciones de emergencia aun cuando se consienta la gestación de un *Derecho excepcional*, distinto del normal y con un alcance provisional, que no puede tener sus mismas exigencias⁹⁵.

Cecilia Medina Quiroga ha ilustrado la razón por la que el lector bien podría juzgar al art. 27 de la CADH como una disposición normativa *clave* para muchos Estados latinoamericanos:

“(…) según un estudio preparado por el Secretariado de la Comisión, durante la década entre 1950 y 1960 hubo más de cien ocasiones en que se declaró o prolongó la vigencia de una situación de este tipo en los Estados americanos (CIDH, Doc. OEA/Ser.L/V/II.8, No. 6). En su informe anual de 1981-1982, la Comisión señaló que “la declaración de estados de emergencia era una de las más frecuentes violaciones de los derechos humanos” (CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1981-1982, p. 133)”⁹⁶.

En lo que aquí atañe, el propio marco internacional establece los *límites de la capacidad limitadora de los derechos* que los Estados resultan susceptibles de activar en tales eventos⁹⁷, máxime en una región en la que, a contramarcha de la nota de previsibilidad, las declaraciones de emergencia significaron por décadas la *desmesura legalizada*⁹⁸; cuando no dieron lugar a que, con motivo de los complicados desórdenes

(95) GARCÍA ROCA, Javier. “La experiencia de España en el estado de alarma ante el coronavirus” *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional – International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 181, a través de la sugerencia de elucidar conceptualmente los contornos de la figura del *Estado excepcional* que no es sino el “(…) *modelo del Estado constitucional que constitucionaliza sus excepciones incorporando garantías*” (vale decir, no exento de limitantes y contrapesos), en relación al dominio conceptual tanto de la noción de *dictadura comisoría*, en la que con sujeción a la remembranza schmittiana, todos los poderes del Estado lucen concentrados en una sola mano en vista de decidir sobre el estado de excepción, cuanto del constructo de *estado de necesidad* –en el que el gobierno actúa libremente y el Parlamento dicta, luego, un *bill of indemnity*, ambos desprovistos de toda tentativa de contralor.

(96) MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 46. *Vide etiam* MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 35.

(97) CANOSA USERA, Raúl. “Ordenación de las fuentes del Derecho en estados de emergencia sanitaria. El caso español” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, pp. 271-273, en alusión a la suspensión de obligaciones contraídas (en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación) prevista en el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en adelante, PIDCP, como en lo tocante a la derogación de las obligaciones previstas convencionalmente (en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación) según el art. 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales -en adelante, CEDH.

(98) VALADÉS, Diego. “Problemas constitucionales de los estados de emergencia” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. XXIV, sin perjuicio de

(políticos, económicos, sociales, etc.) que enfrentaban, sus respuestas terminarían malogradas en razón de no haber evitado considerar a las personas destinatarias (de por sí inmersas en ese drama constitucional) en extraños o meros invitados⁹⁹.

Acontece además que la historiografía fidedigna de las causales que autorizan poner en marcha el instituto de la suspensión temporal de obligaciones ha llamado la atención sobre que no siempre se ha aclarado el significado específico de la frase "(...) *en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad de un Estado parte*" (art. 27.1, CADH), y siendo así más allá de la cepa genealógica habida en el instrumento europeo de derechos humanos (art. 15, CEDH), se auspicia que la formulación particular al que, a la postre, arribaron los artífices del Pacto regional de derechos humanos resulte *interpretada y desarrollada en términos americanos*; y ello en vista que los intérpretes lidien convenientemente con conceptos peligrosamente vagos (en particular, ante las exégesis diversas, y a veces extremas, sobre la seguridad nacional que han prevalecido en algunas épocas en la región), como así también del carácter imprescindible de la supervisión por los órganos de monitoreo en cada caso que se invoquen el soporte convencional para la medida suspensiva de la observancia de los derechos humanos¹⁰⁰.

hacer notar que -en la actualidad no sólo se encuentran sujetos a numerosos requisitos que permiten su utilización en condiciones de relativa seguridad jurídica, sino también asociados con la explicación racional y coherencia institucional resultante de elementos complementarios, a saber: la interdicción de la arbitrariedad, el derecho a la verdad, los derechos de las minorías parlamentarias y una nueva forma de cultura pública. En otra contribución del Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se ofrece la siguiente explicación sobre la operatividad de las previsiones constitucionales domésticas para paliar circunstancias de emergencia: "(...) *los sistemas constitucionales democráticos prevén que en situaciones excepcionales las facultades de decisión se concentren para hacer más ágiles y eficaces las respuestas del poder. Se admite la suspensión provisional de los procedimientos estándar para dar margen a modalidades tan extraordinarias como los fenómenos mismos a los que se hace frente. Esta es una forma dinámica de reacción y se conoce como dictadura desde la República romana; en la actualidad puede ser encuadrada como una forma efímera, regulada y controlada de dictadura constitucional*", cfr. *ib.*; "La fuerza normativa de la crisis" *ap.* González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 239.

(99) *Vide in profundis* RIBERI, Pablo. "When The Center Lies Outside The Figure: Republic, Imbalance of Powers and Emergencies" *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 and Constitutional Law*. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 40.

(100) MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 47, con la siguiente aclaración: "(...) *es evidente que esta parte de la disposición se originó en la Convención Europea, y los precedentes creados en el sistema europeo en relación al artículo 15 de su Convenio pueden ser útiles para su interpretación. Sin embargo, la Convención Americana se diferencia del artículo 15 de la Convención Europea al sustituir la expresión europea 'la vida de la nación' por la expresión 'la independencia o la seguridad de un Estado'*". *Vide etiam* MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 36; NORRIS, Robert, E. REITON, Paula, D. "The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties", *Am. U. L. Rev.*, 30 (1980), pp. 189-223, 191-199; FAÚNDEZ-LEDESMA, Héctor. "La protección de los

Se entiende mejor así que en el presente la práctica del control de convencionalidad no podría perder de vista, despejado los escenarios de regularidad, que la implantación de un *estado de emergencia* cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el Derecho interno no puede comportar la supresión o la pérdida de *efectividad* de los derechos y garantías que los Estados Partes están obligados a respetar, asegurar y adoptar según el propio texto convencional (arts. 1.1 y 2 CADH)¹⁰¹.

Tales deberes generales derivan y son consecuencia natural de la ratificación de la Convención por los Estados, quienes en cumplimiento de aquéllos deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental y, además, suprimir las medidas y prácticas que lo restrinjan o vulneren.¹⁰² De allí que no debiera sorprender en lo que aquí incumbe la siguiente reflexión de los jueces de San José:

“(...) del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio”¹⁰³.

En algunos pronunciamientos posteriores, la Corte de San José ha llegado argumentar:

derechos humanos en situaciones de emergencia” ap. Buergenthal, Thomas -ed. *Contemporary Issues in International Law. Essays in Honor of Louis B. Sohn*. Engel, Arlington, 1984, pp. 101-126.

(101) Corte IDH, caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 52, de fecha 30.5.1999, p. 186. A fines de la década de 1980, al expedirse en el asunto *Velásquez Rodríguez*, precisó que la primera obligación asumida por los Estados es la de “(...) respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención, de manera que el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son “(...) atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”, mientras que la segunda obligación es la de “(...) garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionales a toda persona sujeta a su jurisdicción, implicando no sólo el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, sino también como consecuencia el de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos tutelados por el Pacto y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos. En suma, esta última obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento, sino que es menester que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, cfr. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sent. Serie C/n.º 4, de fecha 29.7.1988, pp. 165167.

(102) Corte IDH, OC n.º 18/03. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Serie A, de fecha 17.9.2003, p. 81.

(103) Corte IDH, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 18.

“(…) la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada”¹⁰⁴.

¿Cómo han entendido, a menudo, los académicos la fórmula “(…) suspensión de garantías”? En consonancia con los repertorios jurisprudenciales interamericanos, los estudiosos coinciden en señalar que ella sólo entraña la *posibilidad de interrumpir, momentáneamente, el goce y ejercicio efectivo de algunos derechos y libertades consagrados en la CADH*¹⁰⁵.

8. Desde que el art. 27 de la CADH no regula un estado general de cosas sino que es, por el contrario, un precepto concebido exclusivamente para entornos extraordinarios, una versión *diferenciada* del examen de convencionalidad supone, así, un *adecuado y efectivo control* de una medida estrictamente excepcional para enfrentar reales circunstancias de emergencia, susceptible de articular, por un lado, un análisis encaminado a determinar “(…) las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia”, y, por el otro, una averiguación sobre la conformidad convencional de la suspensión declarada en orden a «(…) la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación»; con la aclaración que, en el ensayo de tal indagación, se ha descartado una discrecionalidad estatal ilimitada y corresponderá a los órganos del SIDH, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer una inspección en forma subsidiaria y complementaria¹⁰⁶.

Inclusive, en este *métier* la Corte IDH se ha auxiliado de los criterios de *duración, ámbito geográfico y alcance material* indicados por el Comité de Derechos Humanos de UN a través de su Obsv. Gral n.º 23/01, o bien, con los vertidos por la Corte Europea de Derechos Humanos –al expedirse, hacia mediados de 1961, en el asunto *Lawless vs. Ireland* en orden a los siguientes recaudos de existencia de un estado de

(104) Corte IDH, caso *Espinosa González vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 289, de fecha 20.11.2014, p. 120; *ib.*, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 24.

(105) FERRER MACGREGOR, Eduardo. “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 6.

(106) Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 47 y 52.

emergencia: (i) la existencia de una situación excepcional de crisis o emergencia; (ii) que ésta afecte a toda la población; y –finalmente (iii) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad¹⁰⁷.

Sin embargo, se abren otros aspectos a evaluar a más de la existencia de la realidad de emergencia y el encaje de las medidas dispuestas al respecto, en los términos señalados anteriormente, pues deberá verificarse además que las disposiciones que se adopten no vulneren otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni entrañen «(...) discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”, como así también el cumplimiento del *deber de información* inmediata previsto en el art. 27.3 de la CADH, en el entendimiento que este último constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente al tratado, cuyo objeto y fin es la protección del ser humano, a la vez de funcionar como una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permitir, así, a los otros Estados Parte apreciar que sus alcances sean acordes con las disposiciones convencionales¹⁰⁸. No se trata, por ende, este último recaudo de una mera formalidad o cortesía¹⁰⁹, pues su carestía torna inoponible (pese a las meras alegaciones estatales) la normativa que rige los estados de excepción¹¹⁰.

En otras ocasiones, empero, el Tribunal interamericano ha insinuado un parámetro de convencionalidad no tan minucioso al focalizarse en el examen sobre que las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado respondan a «(...) la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellos se adecuen razonablemente a las

(107) Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, pp. 46 y 48.

(108) Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 70; *ib.*, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 166. No hay que olvidar en este punto que el hecho de que la decisión sobre la justificabilidad de las restricciones a los derechos humanos impuestas por un Estado (sean permanentes, sean temporales), se adjudique en último término al órgano internacional de supervisión (arts. 44, 45 y 62 de la CADH), en modo alguno desarticula la chance de que el acto suspensivo también sea fiscalizado tanto en su razonabilidad como en su legalidad por los tribunales de justicia domésticos (tan pronto como se comprenda que la instancia de monitoreo internacional es subsidiaria), cfr. MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, pp. 4142.

(109) FERRER MACGREGOR, Eduardo. “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 9.

(110) Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/n.º 72, de fecha 2.2.2001, pp. 9294. *Vide etiam ib.*, caso *J. vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 275, de fecha 27.11.2013, p. 124; *ib.*, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, pp. 6971; *ib.*, caso *del Caracazo vs. Venezuela*, Sent. Serie C/n.º 58, de fecha 11.11.1999, p. 42; *et al.*

necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella"¹¹¹.

Tampoco podría desconocerse que de algunas decisiones interamericanas se ha llegado a inferir que sería más bien en hipótesis de ausencia de la coyuntura excepcional que las medidas suspensivas (a más de encontrarse prohibidas) darían lugar al ejercicio de un escrutinio jurisdiccional más riguroso¹¹².

De aquí se sigue que estas lecturas en aparente competencia todavía dejan abierta la cuestión (en lugar de suscitar un problema insoluble) de hasta qué punto resta una mejor (y más completa) explicación sobre las razones para confiar que, en lo venidero, la Corte de San José se enfrentará en todos los casos en que se active el Derecho de emergencia al reto de promover un examen intensivo de convencionalidad o se pondrán de manifiesto, cual ajustes, modulaciones en su aplicación.

Eduardo Ferrer MacGregor ha acercado, recientemente, consideraciones de peso acerca de la interpretación que aquí se propone, como en lo tocante a la identificación del desafío hermenéutico que tiene por delante el Tribunal regional, pues si según un rasgo central en su argumentario el instituto interamericano de suspensión de obligaciones ha de entenderse como la última vía disponible en los regímenes democráticos con la meta de asegurar su continuidad y proteger los derechos, tal caracterización no sólo es valiosa para patrocinar un escrutinio diferenciado en el que se inspeccione de modo más acentuado que los *Estados actúen con la mayor cautela en el uso de la potestad conferida* art. 27 de la Convención (como así también que, una vez decretada la suspensión, cumplimenten con su *obligación reforzada de obrar expedita y eficazmente para solucionar la emergencia y retornar a la normalidad*), pues también conlleva adicionalmente otro motivo para desplegar un juicio riguroso de compatibilidad convencional *debido al mayor grado de afectación al goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades que se desata durante las circunstancias de emergencia*¹¹³.

Si el punto de vista sobre los derechos cual *political trumps*¹¹⁴ aun en escenarios emergenciales es correcto, este preliminar prototipo de monitoreo diferenciado de

(111) Corte IDH, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 68, de fecha 16.8.2000, p. 99.

(112) FERRER MACGREGOR, Eduardo. "Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)" *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 6, con reseña de la Corte IDH, caso *Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia Serie C/n.º 34, de fecha 3.11.1997, p. 56.

(113) FERRER MACGREGOR, Eduardo. "Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)" *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 14.

(114) DWORKIN, Ronald, M. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. XI; *ib.*, "Rights as Trumps" *ap.* Waldron, Jeremy -ed.; *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 153 y ss.

convencionalidad lleva a considerar que, en el trasfondo, el examen que ha empezado por el sondeo de particularidades tocantes a los motivos y recaudos de procedencia de la declaración de la situación de emergencia, deberá luego conducirse con un cateo, con más brío y énfasis que en ocurrencias normales, sobre la condición o propiedad de los derechos en trance.

A esta altura resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las *condiciones estrictas* señaladas en el art. 27.1, no obstante pese a que estas últimas sean satisfechas el enunciado normativo interamericano devela una *cierta categoría de derechos* prácticamente inderrotable por las razones de emergencia:

“(...) lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia”¹¹⁵.

9. No es difícil vislumbrar que esta concepción de una *prohibición absoluta, completa y no derogable* de suspensión de ciertos derechos en los episodios más espinosos¹¹⁶, se encontraría ligada (de manera sutil pero no menos trascendental) a la imagen más general de la *esfera de lo indecidible*¹¹⁷. ¿Por qué lo estaría?

Al menos, desde que la Corte regional de derechos humanos se ha ocupado de dejar en claro que el *derecho a la vida* es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos al extremo que de no ser respetado, los demás carecen de sentido¹¹⁸, en mérito de lo

(115) Corte IDH, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 21. En torno a la distinción entre limitaciones y derogaciones, *vide in profundis* SALIBA, Aziz Tuffi - GARCÍA MAIA, Tainá. “Judicial Protection in States of Emergency. An Analysis of the Amplitude of Judicial Protection of Fundamental Rights During the Application of Derogations” *ap.* Haeck, Yves - Ruíz Chiriboga, Oswaldo - Burbano Herrera, Clara -eds., *35 Years of the InterAmerican Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 222227.

(116) Cfr. BURGORGUE-LARSEN, Laurence - ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 373. También Eduardo Ferrer MacGregor auspicia la inserción en el mentado art. 27.2 de la CADH de un *núcleo inderogable de derechos*, cfr. Ferrer MacGregor, Eduardo; “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 7.

(117) FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, 6 (1) (2008) 337343; *ib.*, “La esfera de lo indecidible frente a la efectividad del Estado de Derecho” *ap.* GonzálezAréchiga, Bernardo -coord., *Gobernabilidad y participación*, Fondo editorial de Nuevo León, México, 2008, pp. 25 y ss.

(118) Corte IDH, caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sent. Serie C/n.º 63, de fecha 19.11.1999, p. 144; *ib.*, caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sent. Serie C/n.º 148, de

cual no son admisibles enfoques restrictivos al respecto¹¹⁹ y forma parte según el art. 27.2 de la CADH de un *núcleo inderogable*, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes¹²⁰.

Del mismo modo, integran un *territorio inviolable*¹²¹ durante los episodios de emergencia: *v.gr.*, el derecho a la *integridad personal*, el que reviste, junto a la vida, un carácter angular en la CADH¹²², a la *nacionalidad*¹²³, *al recurso ante un tribunal o juez competente*¹²⁴, el principio de *trato con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* respecto de las personas privadas de libertad¹²⁵, al propio tiempo que ha sentenciado que la prohibición de tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes asume *carácter absoluto e inderogable*, incluso en las *circunstancias más difíciles* (*v.gr.*, guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades pública,

fecha 1.7.2006, p. 128; *ib.*, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sent. Serie C/n.º 146, de fecha 29.3.2006, p. 150; *ib.*, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 78. Lo que no podría pasarse por alto, tal como lo alerta Cecilia Medina Quiroga, es que si bien la formulación en el proyecto de la Comisión que prevaleció en este tramo del art. 27 de la Convención respondía a la idea de que la "(...) lista de los derechos cuyas obligaciones eran susceptibles de suspensión debía ser mantenida al mínimo", no es menos cierto que, de la historia fidedigna del Pacto, "(...) no es posible deducir el criterio utilizado para seleccionar estos derechos; la lista parece incluir o aquellos derechos que son muy básicos (...) o los derechos cuya restricción no podría nunca tener relevancia en el tratamiento efectivo de la situación de emergencia", cfr. MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 48. *Vide etiam* MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 37.

(119) Corte IDH, caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sent. Serie C/n.º 63, de fecha 19.11.1999, p. 144; *ib.*, caso Ximenes Lopez vs. Brasil. Sent. Serie C/n.º 149, de fecha 4.7.2006, p. 124; *ib.*, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 78.

(120) Corte IDH, caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sent. Serie C/n.º 140, de fecha 31.1.2006, p. 119; *ib.*, caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sent. Serie C/n.º 150, de fecha 5.7.2006, p. 63; *ib.*, caso Baldeón García vs. Perú. Sent. Serie C/n.º 147, de fecha 6.4.2006, p. 82; *ib.*, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 78.

(121) BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 478-479.

(122) Corte IDH, caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sent. Serie C/n.º 140, de fecha 31.1.2006, p. 119; *ib.*, caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sent. Serie C/n.º 112, de fecha 2.9.2004, p. 157.

(123) Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sent. Serie C/n.º 130, de fecha 8.9.2005, p. 136.

(124) Corte IDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sent. Serie C/n.º 110, de fecha 8.7.2004, p. 97.

(125) Corte IDH, caso del Penal Miguel de Castro Castro vs. Perú. Sent. Serie C/n.º 160, de fecha 25.11.2006, p. 274.

etc.)¹²⁶, descontando su pertenencia al dominio del *jus cogens* internacional¹²⁷; el deber estatal de proveer *atención médica calificada*, inclusive psiquiátrica, a las personas privadas de libertad, tanto en situaciones de emergencia como para efectos de atención regular, sin perjuicio de que a más de protocolos de atención en salud demande particularmente en situaciones de emergencia la implementación de mecanismos ágiles y efectivos de traslado¹²⁸; el derecho de *acceso a medicamentos* como contenido indispensable del disfrute del más alto nivel posible de salud, en particular al reconocer de conformidad con el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos que su ejercicio en el contexto de *pandemias* (como las de VIH/SIDA, tuberculosis, paludismo, etc.) es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al goce del mayor y completo estado de bienestar físico y mental¹²⁹; etc.

Dada la importancia fundamental de los *derechos políticos* dentro del sistema interamericano, en tanto se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención como las libertades de expresión, reunión, asociación, etc. y que

(126) Corte IDH, caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 119, de fecha 25.11.2004, p. 100; *ib.*, caso *López y otros vs. Argentina*. Sent. Serie C/n.º 396, de fecha 25.11.2019, p. 180; *ib.*, caso *Azul Rojas Marín y otras vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 402, de fecha 12.3.2020, p. 140. *Vide etiam* Antkowiak, Thomas- M. Gonza, Alejandra; *The American Convention On Human Rights. Essential Rights*. New York: Oxford University Press, 2017, p. 107.

(127) Corte IDH, caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Sent. Serie C/n.º 103, de fecha 27.11.2003, p. 92; *ib.*, caso *Valenzuela Ávila vs. Guatemala*. Sent. Serie C/n.º 386, de fecha 11.10.2019, p. 180. Huelga recordar que, con arreglo al art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las normas de *jus cogens* se encuentran conceptualizadas con el siguiente alcance: "(...) *norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*", independientemente que aquéllas en su evolución y por su propia definición no se han limitado al Derecho de los tratados sino que han ampliado su ámbito de aplicación al punto de proyectarse también el Derecho internacional general y hasta abarcar todos los actos jurídicos, manifestándose, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidiendo, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional. De allí que, con motivo de un inventario no exhaustivo, los jueces de San José han ilustrado, además del ejemplar principio de igualdad y prohibición de discriminación, con los siguientes candidatos: *v.gr.*, prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica; prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; prohibición de la desaparición forzada de personas; prohibición de la esclavitud y otras prácticas análogas; principio de no devolución *non refoulement*, incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta; prohibición de cometer o tolerar graves violaciones a los derechos humanos dentro de un patrón masivo o sistemático, (entre ellas ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas); prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad y la obligación asociada de penalizar, investigar y sancionar estos crímenes; etc., cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, pp. 102 y 106.

(128) Corte IDH, caso *Hernández vs. Argentina*. Sent. Serie C/n.º 395, de fecha 22.11.2019, p. 88.

(129) Corte IDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Sent. Serie C/n.º 359, de fecha 23.8.2018, p. 108; *ib.*, caso *Duque vs. Colombia*. Sent. Serie C/n.º 310, de fecha 26.2.2016, p. 174.

en conjunto hacen posible el juego democrático, tales caracteres determinan que el art. 27 haya prohibido también su suspensión como la de las garantías judiciales indispensables para la protección que se les dispensa¹³⁰.

Es del caso hacer notar que la garantía de *debido proceso* implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción¹³¹. Por lo restante, se apunta que los procesos constitucionales de *hábeas corpus* y de *amparo* entrañan garantías judiciales *indispensables* para la tutela de varios derechos cuya suspensión está vedada por el art. 27.2 de la CADH e inherentes a la preservación del Estado de Derecho en una sociedad democrática aun bajo la legalidad excepcional que resulta de un estado de excepción¹³²; incluso, se ha fallado que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen explícita o implícitamente el cese o interrupción tutelar de tales procedimientos deben considerarse *incompatibles* con las obligaciones internacionales que les impone la Convención¹³³.

La responsabilidad estatal, por cierto, no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que requiere -además que el Estado garantice los *medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas*, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados¹³⁴.

(130) Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sent. Serie C/n.º 184, de fecha 6.8.2008; *ib.*, caso *Yatama vs. Nicaragua*. Sent. Serie C/n.º 127, de fecha 23.6.2005, p. 191.

(131) Corte IDH, caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 119, de fecha 25.11.2004, p. 144; *ib.*, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 30; *ib.*, OC n.º 9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 6 de octubre de 1987, p. 20.

(132) Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 123, de fecha 24.11.2006, p. 123; *ib.*, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 137, de fecha 25.11.2005, p. 112; *ib.*, caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sent. Serie C/n.º 141, de fecha 1.2.2006, p. 92; *ib.*, caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 129, de fecha 24.6.2005, p. 90; *ib.* caso *Tibi vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 114, de fecha 7.9.2004, p. 128; *ib.*, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 68, de fecha 16.8.2000, p. 103; *ib.*, caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 20, de fecha 19.1.1995, p. 82; *ib.*, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 30.1.1987, pp. 35 y 42.

(133) Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 33, de fecha 17.9.1997, p. 50; *ib.*, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 30.1.1987, pp. 35 y 42.

(134) Corte IDH, caso *Muelle Flores vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 375, de fecha 6.3.2019, p. 125; *ib.*, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 359, de fecha 23.8.2019, p. 169; *ib.*, *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/n.º 348, de fecha 8.2.2018, p. 208; *ib.*, OC n.º 9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 6.10.1987, p. 24.

Adicionalmente, a partir del criterio de interpretación del art. 29.c del Pacto, la Corte IDH según lo previene Eduardo Ferrer MacGregor¹³⁵ ha considerado también dentro del rótulo de garantía judicial indispensable, a todo *aquel procedimiento judicial, inherente a la forma democrática representativa de gobierno y previsto en el Derecho interno, que luzca idóneo para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el art. 27.2 de la CADH y en la medida que su supresión o limitación comporte indefensión*¹³⁶.

10. Con todo, ni siquiera la vigilancia diferenciada que se imprima sobre las causales y presupuestos de procedencia de la suspensión, cuanto alrededor del reseñado repertorio de derechos infranqueables al resultar equipados con una propiedad de vigencia constante o de *mínimo irreductible y universalmente reconocible en la protección de la persona humana*¹³⁷, podría estar vacía de alguna medida de indagación –por cierto, más rigurosa y escrupulosa que en ciclos ordinarios en torno a la dosis de *justificación*, en especial, el testeó sobre la *exposición racional de las razones* que condujeron a la declaratoria suspensiva de las obligaciones (máxime si sus destinatarios no estarán a la expectativa de cualquier tipo de ellas sino justamente de las *razones que el Derecho suministra* y que hacen a la *credibilidad a las decisiones jurídicas en una sociedad democrática*).

Aquí el punto terminal de la motivación del acto suspensivo radica en entender que habida cuenta que el art. 27.1 contempla distintas situaciones especiales las medidas que se adopten para enfrentar cada una de ellas deben ser ajustadas a «(...) *las exigencias de la situación*», de tal suerte que su juridicidad dependerá, entonces, de que haya una exteriorización de una justificación razonada que, en aras de descartar cualquier indicio de arbitrariedad, permita comprender la conclusión rendida alrededor del *carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia*, así como sobre la *proporcionalidad y razonabilidad* que guarden las medidas adoptadas a su respecto¹³⁸. Esto implica, por cierto, que la prerrogativa estatal de suspensión

(135) Cfr. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, pp. 89.

(136) Corte IDH, OC n.º 9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 6.10.1987, pp. 3739.

(137) Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio. “Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia” *ap.* Moyer, Charles Zeledón, Cristina -eds., *Estudios básicos de derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, v. VI, p. 19.

(138) Corte IDH, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 22; *ib.*, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 45. Es, sin duda, sumamente beneficiosa la lectura de MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 5253, dejando en claro que las medidas que se implementen, a más de proporcionales en tiempo y forma cuanto razonablemente conducentes al

de obligaciones debe ser ejercida e interpretada a tenor de lo previsto en el art. 29.a de la CADH como *excepcional* y en *términos restrictivos*¹³⁹.

¿Cuál es la clave, entonces, si la permisibilidad convencional de las medidas de emergencia fracasa o deviene insuficiente? Al margen de la responsabilidad por violación de derechos y libertades protegidos por la Convención (art. 63.1 CADH), es indisputable que el deber general estipulado en su art. 2 implica la adopción de medidas de Derecho interno¹⁴⁰ en dos vertientes: (i) por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas convencionalmente; (ii) por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁴¹.

objetivo de superar la emergencia que las originara, están conectadas con el principio de necesidad, en función del cual aquéllas deben ser adecuadas, cualidad que ha de derivar de un cotejo sobre la *relación entre el peligro que acecha a la comunidad y los medios para contrarrestarlos*. Los límites a los que alude la Corte IDH apuntan, en opinión de la profesora de la Universidad de Chile, a dos aspectos capitales: la forma de afectación de los derechos y las personas que se verán afectadas por dichas medidas. En cuanto a lo primero, la autoridad no debe en ninguna circunstancia excederse en el rigor de las medidas que deben ser solamente aquéllas que constituyen el medio idóneo y único para restablecer la normalidad, mientras que en lo tocante a las personas afectadas, aquélla debe limitarse a suspender el ejercicio de los derechos de personas que estén directamente involucradas en la situación de emergencia sin afectar los derechos de personas distintas de éstas. *Vide etiam* MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 41.

(139) Corte IDH, caso *Espinosa González vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 289, de fecha 20.11.2014, p. 117; *ib.*, caso *J. vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 275, de fecha 27.11.2013, p. 124.

(140) Esta nota (por cierto, tipificante del SIDH debido a la carestía de una disposición normativa similar en el ejemplar europeo, cfr. Hitters, Juan, C. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1993, t. II, p. 90) descubre sostén en el principio de *effet utile*, auscultando el imperativo de que las autoridades estatales *adaptan* su actuación a la normativa de protección de sesgo convencional, sin perjuicio de reconocerse –en los anales jurisprudenciales de la Corte de San José que la obligación consignada en el referido art. 2 no entraña sino una *norma de oriundez consuetudinaria* que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su Derecho doméstico las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas, cfr. Corte IDH, caso *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sent. Serie C/n.º 73, de fecha 5.2.2001, p. 87; *ib.*, caso *Alvarado Espinoza y otros vs. México*. Sent. Serie C/n.º 370, de fecha 28.11.2018, p. 258; *ib.*, caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Sent. Serie C/n.º 39, de fecha 27.8.1998, p. 68; *ib.*, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sent. Serie C/n.º 184, de fecha 6.8.2008, p. 132. Sobre la discusión en torno a si media o no un régimen jurídico diferenciado entre el aludido deber general de adoptar, según sus procedimientos constitucionales y a tenor de las disposiciones del Pacto, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por aquél, y la obligación consagrada en el art. 26 del mismo Pacto de implementar providencias con la meta de realizar progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, *vide* Medina Quiroga, Cecilia; “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana” *ap.* García Ramírez, Sergio y otros, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 231 y ss.; *ib.*, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2003, pp. 37 y ss.

(141) Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 52, de fecha 30.5.1999, p. 207. *Vide etiam ib.*, caso *Fernández Prieto y Tumbreiro vs. Argentina*. Sent. Serie C/n.º 411, de fecha

De allí que -a título de garantía de no repetición- se ha impuesto la adecuación de la legislación nacional en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías al Pacto de San José como a los parámetros convencionales sentados por las interpretaciones jurisprudenciales de la Comisión IDH y de la propia Corte¹⁴².

IV. Un set de argumentos en torno al modelo de una revisión multinivel de convencionalidad respecto de grupos humanos en situación de vulnerabilidad. ¿Otro espécimen en el elenco de supervisión diferenciada de convencionalidad?

11. A través de una más reciente estela de pronunciamientos de la Corte IDH y dentro del campo de las restricciones a los derechos en contextos de normalidad¹⁴³, puede descubrirse otro campo prolífico para el despliegue de una diversa tipología de control diferenciado de convencionalidad en la que se reclama una *atención especial* por parte de sus ejecutores, cuando en ocasión de analizar derechos de grupos humanos en estado de debilidad deben brindar una respuesta desde un muy *comprendido corpus juris* que debe servir para definir el *contenido* y los *alcances* de las obligaciones estatales¹⁴⁴.

Aquí la peculiaridad del análisis de compatibilidad convencional deriva de su práctica ante *situaciones de particular vulnerabilidad* de grupos minoritarios o no dominantes, cuyos miembros y hasta, según el caso, el grupo en sí se presentan como

1.9.2020, p. 99.

(142) Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, pp. 152154.

(143) FERRER MACGREGOR, Eduardo. "Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)" *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, pp. 45, recalando que el Tribunal Interamericano, de conformidad con el art. 30 de la CADH, ha considerado, en términos generales, que una restricción es *legítima* a partir de los siguientes parámetros: (i) prevista en una *ley* (en el sentido de acto normativo enderezado al bien común, emanado del Poder legislativo democráticamente elegido y promulgado por el Poder ejecutivo, de modo que sólo la ley formal tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención); (ii) responda a un *fin legítimo*; (iii) *idónea* para alcanzar tal fin; (iv) *necesaria, i.e.*, que dentro de las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo, se utilice aquella que implique el menor grado de injerencia en el derecho en cuestión; y, por lo demás, (v) *proporcional* (proporcionalidad en sentido estricto), *i.e.*, que la medida logre una importante protección del derecho o interés protegido, sin hacer nugatorio aquel otro derecho objeto de la restricción.

(144) Corte IDH, caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 351, de fecha 9.3.2018, p. 149; *ib.*, caso *Rochac Hernández vs. El Salvador*, Sent. Serie C/n.º 285, de fecha 14.10.2014, p. 106; con la sugerencia que en los usos más tempranos del mencionado *corpus juris* se ha tomado en consideración (a más, por cierto, de disposiciones y principios internacionales) las cláusulas de textos constitucionales de los Estados de conformidad con las reglas de interpretación sentadas por el art. 29 de la CADH, cfr. *ib.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 134, de fecha 15.9.2005, p. 153.

*sujetos de derechos con prevalente protección y gestan, de esta manera, obligaciones reforzadas de tutela en cabeza de los Estados*¹⁴⁵ y una *especial intensidad en oportunidad de evaluar el cumplimiento de los deberes objetivos y erga omnes de respeto y garantía*¹⁴⁶.

El Tribunal de San José, en su calidad [autoadjudicada] de intérprete último de la Convención¹⁴⁷, ha insertado a título enunciativo dentro del universo de grupos vulnerables o marginados a las personas migrantes¹⁴⁸ y apátridas¹⁴⁹, como así también a las *minorías étnicas*¹⁵⁰, los colectivos no dominantes por su orientación sexual e identidad de género¹⁵¹, las comunidades y pueblos nativos, indígenas y tribales¹⁵², las mujeres¹⁵³,

(145) Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 349, de fecha 8.3.2018, p. 132. Al igual de lo que acontece con el alumbramiento de la teoría del control de convencionalidad (tal como lo ha advertido CONTESE, Jorge; “The International Authority of the InterAmerican Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine”, *International Journal of Human Rights*, 22 (2018) 11681191), la afirmación de su carácter de exégeta autoritativo y final encarna también otra faceta de la muestra que, a juicio de Steven Koh, se etiqueta como *Marbury moments*, esto es, el episodio en el que una corte de justicia emite un pronunciamiento (a menudo, en su temprana historia institucional) que modela la naturaleza de su propia autoridad o el sentido y alcance de un principio jurídico axiomático y no siempre de un modo textualmente diáfano o transparente, cfr. KOH, Steven. “Marbury Moments”, *Colum. J. Transnat’l L.*, 54 (2015), p. 118.

(146) Corte IDH, caso *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 277, de fecha 19.5.2014, p. 134.

(147) Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/n.º 257, de fecha 28.11.2012, p. 171; *ib.*, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)* OC22/16, Serie A/n.º 22, de fecha 26.2.2016, p. 72.

(148) Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/n.º 251, de fecha 24.10.2012, p. 232; *ib.*, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, Sent. Serie C/n.º 218, de fecha 23.11.2010, p. 254; *ib.*, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Sent. Serie C/n.º 272, de fecha 25.11.2013, p.128; *et al.*

(149) Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC18/03, Serie A/n.º 18, de fecha 17.9.2003, p. 142; *ib.*, caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia Serie C/n.º 282, de fecha 28.8.2014, p. 257; *ib.*, caso *de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia Serie C/n.º 130, de fecha 8.9.2005, p. 142.

(150) Corte IDH, caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sent. Serie C/n.º 141, de fecha 1.2.2006, p. 169; *ib.*, caso *Rosendo Cantú y otras vs. México*, Sent. Serie C/n.º 216, de fecha 31.8.2010, p. 185.

(151) Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 239, de fecha 24.2.2012, p. 92; *ib.*, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha 24.11.2017, Serie A n.º 24, p. 66 y 68.

(152) Corte IDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sent. Serie C/n.º 245, de fecha 27.6.2012, párrafo 216; *ib.*, caso *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/n.º 125, de fecha 17.6.2005, p. 63; *ib.*, caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, Sent. Serie C/n.º 185, de fecha 12.8.2008, p. 86 y 178; *ib.*, caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sent. Serie C/n.º 214, de fecha 24.8.2010, p. 270; *ib.*, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, Sent. Serie C/n.º 215, de fecha 30.8.2010, p. 200; *ib.*, caso *de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, Sent. Serie C/n.º 284, de fecha 14.10.2014, p. 167; *et al.*

(153) Corte IDH, caso *I.V. vs. Bolivia*, Sent. Serie C/n.º 329, de fecha 30.11.2016, p. 299.

las niñas, niños y adolescentes¹⁵⁴, las personas en situación de desplazamiento, asilo y refugio¹⁵⁵, los trabajadores rurales sin tierra¹⁵⁶, las personas mayores¹⁵⁷, las personas con discapacidad¹⁵⁸, las personas privadas de libertad¹⁵⁹, las personas con VIH/SIDA, con tuberculosis, etc.¹⁶⁰.

¿Cómo ha sido posible contar con un Derecho *protector*, no desposeedor de sus derechos?¹⁶¹.

Debería comenzarse cuanto menos por considerar que ha sido parte clave de este entramado jurisprudencial¹⁶², el *estándar de vulnerabilidad*, en mérito del cual toda persona que se encuentre en una situación de particular debilidad, desvalimiento o riesgo es titular de una *protección especial*, en razón de los deberes especiales cuya ejecución por parte del Estado es necesaria en pos de la observancia de las aludidas obligaciones de respeto y garantía:

(154) Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/n.º 350, de fecha 8.3.2018, p. 156; *ib.*, caso *Coc Max y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 356, de fecha 22.8.2018, p. 115; *ib.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 134, de fecha 15.9.2005, p. 156; *ib.*, caso *Masacre de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 148, de fecha 1.7.2006, p. 246; *ib.*, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 259, de fecha 30.11.2012, p. 239; *ib.*, caso *de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 270, de fecha 20.11.2013, p. 327; *ib.*, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC17/02, Serie A/n.º 17, de fecha 28.8.2002, p. 25.

(155) Corte IDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 134, de fecha 15.9.2005, p. 177; *ib.*, caso *de los Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 328, de fecha 30.11.2016, p. 173; *ib.*, caso *Masacre de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 148, de fecha 1.7.2006, p. 212, *ib.*, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC25/18, Serie A/n.º 25, de fecha 30.5.2018, p. 100.

(156) Corte IDH, caso *Garibaldi vs. Brasil*, Sent. Serie C/n.º 203, de fecha 23.9.2009, p. 141.

(157) Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 349, de fecha 8.3.2018, p. 132 y 148; *ib.*, caso *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/n.º 125, de fecha 17.6.2005, p. 175.

(158) Corte IDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sent. Serie C/n.º 149, de fecha 4.7.2006, p. 105 y 129, *ib.*, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 134 y 269.

(159) Corte IDH, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/n.º 303, de fecha 5.10.2015, p. 156; *ib.*, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, Sent. Serie C/n.º 69, de fecha 18.8.2000, p. 90; *ib.*, caso *de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 63, de fecha 19.11.1999, p. 166; *ib.*, caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.*, Sent. Serie C/n.º 110, de fecha 8.7.2004, p. 108; *ib.*, caso *Tibi vs. Ecuador*, Sent. Serie C/n.º 114, de fecha 7.9.2004, p. 147; *et al.*

(160) Corte IDH, caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*, Sent. Serie C/n.º 298, de fecha 1.9.2015, p. 173; *ib.*, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 359, de fecha 23.8.2019, p. 106; *ib.*, caso *Hernández vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 395, de fecha 22.11.2019, p. 77.

(161) Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC17/02, Serie A/n.º 17, de fecha 28.8.2002, p. 24. Del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

(162) Algunas muestras jurisprudenciales han sido recolectadas en BURGORGUE-LARSEN, Laurence - ÜBEDA DE TORRES, Amaya. *The InterAmerican Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 345, 514515, 406, 441, etc.

“(…) no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁶³.

Precisamente los Estados deben abstenerse de actuar de manera tal que propicien, estimulen, favorezcan o profundicen tal vulnerabilidad, sea consustancial, sea potenciada por la confluencia interseccional de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación y han de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación¹⁶⁴.

Estas argumentaciones se encaminan a aprehender mejor la operatividad del control diferenciado de convencionalidad que aquí entra en juego, y que se reproduce en el entendimiento de que la acción de protección en el ámbito del DIDH no busca regir las relaciones entre iguales sino proteger ostensiblemente a los más débiles y vulnerables¹⁶⁵.

(163) Corte IDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sent. Serie C/n.º 149, de fecha 4.7.2006, p. 103; *ib.*, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 134; *ib.* caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/n.º 257, de fecha 28.11.2012, p. 292; *ib.*, caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 312, de fecha 29.2.2016, p. 208; *et al.* Esta noción también condujo a la propia Corte a replicar que una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su *posición de garante* es la de generar las *condiciones de vida mínimas* compatibles con la dignidad de la persona humana (y, por ende, la de no producir condiciones que la dificulten o impidan). En este sentido, sobre aquél pesa el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de *personas en situación de vulnerabilidad, cuya atención se vuelve prioritaria*, *cfr.* Corte IDH, caso *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/n.º 125, de fecha 17.6.2005, p. 162.

(164) Corte IDH, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, Sent. Serie C/n.º 218, de fecha 23.11.2010, p. 207 *in fine*. Por lo restante, la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana, *cfr.* Corte IDH, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 250; *ib.*, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 349, de fecha 8.3.2018, p. 205.

(165) Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC16/99, Serie A/n.º 16, de fecha 1.10.1999, p. 23. Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 239, de fecha 24.2.2012, p. 79; *ib.*, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC18/03, de fecha 17.9.2003, Serie A n.º 18, pp. 101105: con sujeción al imperativo convencional de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna y en una base de igualdad, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto* esto se traduce, *v.gr.*, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales; además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones

12. ¿Qué notas tipificantes comparten los distintos pronunciamientos de la Corte IDH en los que se sopesan las pretensiones de tutela diferenciada de los grupos vulnerables y sus miembros?

Las hay de diferentes clases. La primera radica en la gran influencia que a la luz de la doctrina del control de convencionalidad adquieren una diversidad de *modos de articulación* entre el orden jurídico doméstico e internacional¹⁶⁶, a los que pueden acudir los sujetos interpretativos primordialmente ante hipótesis de antinomias o de conflictos hermenéuticos entre aquéllos, etc., pero también ante los problemas de indeterminación inherentes al lenguaje empleado por los autores de tales documentos normativos –con los necesarios rasgos de ambigüedad, vaguedad, etc., susceptibles de albergar una serie de dificultades sintácticas, lógicas y semánticas: *v.gr.*, desde la *aplicación del mejor Derecho y de la mejor interpretación* (con sustento en el principio *pro persona* [art. 29 CADH]¹⁶⁷, sin perjuicio de recurrir, llegado el caso y siempre que no se altere el contenido esencial de los derechos, a la directiva del *margen de apreciación nacional* como elemento de ponderación de derechos en función de realidades, creencias, posibilidades y experiencias locales), transitando por la alternativa de *reciclaje del Derecho interno* mediante la adecuación

discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas esto implica, entonces, el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

(166) SAGÜÉS, Néstor, P. “De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada” *ap. Ferrer MacGregor, Eduardo -comp., Derecho procesal constitucional transnacional*, Porrúa, México, 2016, p. 6.

(167) En este orden de ideas, la Corte IDH ha recalcado que, sin descuidar la métrica común de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria (lo que implica la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido ordinario de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél), lo cierto es que al tratarse la CADH de un tratado de derechos humanos, ha de recurrir a pautas interpretativas propias del sistema (albergadas en el art. 29 del Pacto), entre las que identifica el principio *pro persona*, *cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A/n.º 26, p. 37; *ib.*, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC25/18, Serie A/n.º 25, de fecha 30.5.2018, p. 136; *ib.*, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC21/14, Serie A/n.º 21, de fecha 19.8.2014, p. 54. Con anterioridad, el Tribunal de San José ha dejado en claro que los tratados internacionales de derechos humanos, como la propia Convención, son de una *naturaleza jurídica distinta* a los del Derecho internacional público general, debido a que su objeto y fin es la *protección de los derechos humanos de los individuos*, por lo que la *interpretación de las normas* se debe desarrollar a partir de un *modelo basado en valores* que el sistema interamericano pretende resguardar desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona, *cfr.* Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sent. Serie C/n.º 205, de fecha 16.11.2009, pp. 33 y 62.

de las interpretaciones domésticas (constitucionales, legislativas, administrativas y judiciales) al Pacto y los principios jurisprudenciales vertidos por la Corte IDH, lo que implicaría en pensar, comprender y hacer funcionar el Derecho interno de conformidad con las pautas textuales y metatextuales mediante operaciones de *selección y construcción* de interpretaciones (inseparables de un papel *constructivo* o *positivo* de la fiscalización de convencionalidad), hasta desaguar en la decisión –concerniente a una *ultima ratio* convencional de *inaplicación de disposiciones y actos domésticos radicalmente incompatibles* con el texto convencional y su exégesis (atinente a un rol *represivo* o *negativo* de la inspección de convencionalidad).

Siempre que un agente interpretativo decida acudir a tales razones no es de esperarse que la doctrina del control de convencionalidad quede relegada en este plano¹⁶⁸, puesto que con base en ella se ha dicho que es necesario que las *interpretaciones judiciales y administrativas* y las *garantías judiciales* se apliquen *adecuándose* a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana, resultando ello de *particular relevancia* en relación con la *necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona o grupo, v.gr.*, con el fin de que se le garantice un *trato preferencial* respecto a la duración razonable del proceso especialmente cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad¹⁶⁹, o bien, en lo atinente a la especial gravitación que la ejecución de fallos –sin estorbos, ni demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral adquiere en casos de materia indígena, debido a que la situación especial

(168) Del mismo modo que tampoco el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, el debido proceso, etc., al menos si se conviene que la proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío y hasta se convierte en una *formulación estéril* que siembra expectativas y produce frustraciones –al punto que las garantías son las que permiten reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos, cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC18/03, de fecha 17.9.2003, Serie A n.º 18, pp. 3637. Del voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez.

(169) Corte IDH, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 305. También puede rastrearse un razonamiento semejante en ocasión de evaluar la *rapidez con que debe tramitarse una acción o recurso de amparo* en los términos del art. 25 de la Convención, debido a que el juicio orientado a determinar si la autoridad judicial competente ha actuado en concordancia con las necesidades de protección del derecho que se alega violado, no solamente ha de contemplar la naturaleza de la situación jurídica que se alega infringida sino también la particular situación de vulnerabilidad del accionante en relación con la posible o inminente afectación o lesión que sufriría si el recurso no es resuelto con la diligencia que la situación requiera, cfr. *ib.*, caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/n.º 348, de fecha 8.2.2018, p. 198. Igualmente los recursos internos deben ser interpretados y aplicados con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta, entre otros criterios, el de otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra, cfr. Corte IDH, caso *de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, Sent. Serie C/n.º 309, de fecha 25.11.2015, p. 251.

de vulnerabilidad de tales comunidades podría generar en sí misma obstaculizaciones no sólo para acceder a la justicia sino para lograr la ejecución de las decisiones adoptadas¹⁷⁰.

Una segunda característica saliente no menos importante que la anterior está dada por su enlace con premisas que se desgajan del principio de *protección igualitaria y efectiva de la ley y de no discriminación* (arts. 1.1 y 24 CADH), en mérito de su posición centralísima -en tanto *dato sobresaliente* del sistema tutelar de los derechos humanos que ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.¹⁷¹ A partir de allí, se ha montado el argumento de la *bidimensionalidad* del principio referido, susceptible de abarcar no solamente una concepción *negativa*, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, sino también una de índole *positiva*, tocante a la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos históricamente excluidos o que cuentan con la *chance* de un mayor riesgo de discriminación¹⁷².

Complemento del principio de igualdad se ha dicho es el de *especificidad*, que advierte las diferencias materiales que prevalecen en la realidad y dispone correctivos y medios de igualación que permitan el disfrute universal de los derechos.¹⁷³

(170) Corte IDH, caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, Sent. Serie C/n.º 305, de fecha 8.10.2015, p. 249. Otra opción argumentativa viable ha sido explorada por la Corte -al sentenciar los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*: el Estado, durante la investigación y el juzgamiento, debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas, de modo que en los casos en que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, aquél tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad, cfr. Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, Sent. Serie C/n.º 215, de fecha 30.8.2010, p. 230; *ib.*, caso *Rosendo Cantú y otras vs. México*, Sent. Serie C/n.º 216, de fecha 31.8.2010, p. 213.

(171) Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC18/03, Serie A/n.º 18, de fecha 17.9.2003, p. 110, en la inteligencia que debido a que los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por su pertenencia al campo del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, se predica que aquél acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros -inclusive, particulares. Luego, ha insistido en su tipificación como *expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo* que a raíz de su superior valor universal constituye un "(...) conjunto de normas indispensables para la existencia de la comunidad internacional y para garantizar valores esenciales o fundamentales de la persona humana. Esto es, aquellos valores que se relacionan con la vida y la dignidad humana, la paz y la seguridad (...) que protegen derechos fundamentales y valores universales sin los cuales la sociedad no prosperaría, por lo que producen obligaciones *erga omnes*", cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 105.

(172) Corte IDH, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 267.

(173) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio - GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. "Introducción" *ap.* García Ramírez, Sergio - González Martín, Nuria -Coord., *COVID19 y la desigualdad nos espera*, UNAM, México, 2020, p. XIV.

Precisamente la peculiaridad de tales situaciones ha conducido al Tribunal cimero de orden interamericano a estimar que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación¹⁷⁴ se produce -además ante casos de *discriminación indirecta* reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables¹⁷⁵.

Otra manera diferente en que predispone el principio precedente al operador jurídico en su labor de revisión convencional, finca en advertir que la protección dispensada a los grupos no dominantes tal como se ha presentado en los anales del Derecho judicial interamericano supone que toda tentativa de *eventual restricción* al ejercicio de sus derechos sea acompañada de una *fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, inclusive, la carga de la prueba* lo que significa, entonces,

(174) En su voto separado en ocasión de despachar la Opinión Consultiva n.º 4/84 el juez Rodolfo Piza Escalante entendió que si bien parecía claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente cual *dos caras de una misma institución*: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común, debería retenerse que la igualdad penetró en el Derecho internacional cuando ya el Derecho constitucional, donde nació, había logrado superar el sentido mecánico original de la *igualdad ante la ley*, que postulaba un tratamiento idéntico para todos en todas las situaciones y que llegó en su aplicación a merecer el calificativo de *la peor de las injusticias*, y sustituirlo por el concepto -más moderno a juicio de Piza Escalante de la *igualdad jurídica*, entendido como una medida de justicia, que otorga un *tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual*. En este sentido, concluyó: *la igualdad jurídica* postula un derecho a participar del bien común en condiciones generales de igualdad, sin discriminaciones, y la no discriminación implica esa misma igualdad jurídica desde el punto de vista del derecho a no ser tratado con desigualdad a no ser objeto de distinciones, deberes, cargas o limitaciones injustas, irrazonables o arbitrarias. El peso de las desigualdades, entonces, ha hecho que, por razones históricas, la igualdad jurídica se defina en el Derecho internacional a través, fundamentalmente, del concepto de no discriminación, cfr. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC4/84, de fecha 19.1.1984, Serie A n.º 4, p. 10. Del voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante. La manera en que, además, la igualdad conlleva una diferenciación entre *distinción* y *discriminación* ha sido encarada en la Opinión Consultiva n.º 18/03: la primera alude a lo *admisible* en virtud de las notas de razonable, proporcional y objetivo, mientras que la segunda refiere a lo *inadmisible* por desaguar en una exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable y que, por ello, redunde en detrimento de los derechos humanos, cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC18/03, Serie A/n.º 18, de fecha 17.9.2003, p. 84.

(175) Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/n.º 251, de fecha 24.10.2012, p. 235, tal concepto -el de discriminación indirecta tiene su fuente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual -recuerda la Corte ha establecido que "(...) cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo.", cfr. *ib.*, caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia Serie C/n.º 282, de fecha 28.8.2014, p. 263.

que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no alberga un propósito ni un efecto discriminatorio¹⁷⁶.

¿Hacia dónde puede decantar un modo así? En correspondencia con el diseño de un verídico *escrutinio estricto de convencionalidad*, entre cuyos usos argumentativos se cuentan los que el Tribunal de San José ha apelado al encarar la vulnerabilidad de las personas mayores:

“(...) los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”¹⁷⁷.

¿No sugiere esto, además, que la experiencia de diferencias de trato desfavorable pueda ser el producto de un actuar entrecruzado y compuesto de criterios específicos de discriminación prohibida y entornos de vulnerabilidad asociados?

Es fácil notar un concepto que asoma cada vez más en los muestrarios de la jurisprudencia interamericana, se trata del canon de *discriminación compuesta, interseccional o múltiple*, el que se amplifica en el campo de los grupos minoritarios, principalmente en aquellos supuestos en los que se verifica la confluencia en forma interseccional de múltiples factores de vulnerabilidad y fuentes de discriminación que se interaccionan y condicionan entre sí: *v.gr.*, en el caso específico de niñas y niños –ya beneficiarios de una protección especial en función de su edad, en el contexto de los conflictos armados se emplazan en una situación adjetivada de *par-*

(176) Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 239, de fecha 24.2.2012, p. 124, con alusión a la prohibición de discriminación sexual y cita de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el punto (*v.gr.*, ECHR, *Karner vs. Austria*, n.º 40016/98, 24.10.2003, p. 37; *ib.*, *Kozak vs. Polonia*, n.º 13102/02, 2.3.2010, p. 92; *ib.*, *D.H. y otros vs. República Checa*, n.º 57325/00, 13.11.2007, p. 177; *ib.*, *Orsus y otros vs. Croacia*, n.º 15766/03, 16.3.2010, p. 150; *ib.*, *Andrejeva vs. Letonia*, n.º 55707/00, 18.2.2009, p. 84; *ib.*, *Serife Yigit vs. Turquía*, n.º 3976/05, 2.11.2010, p. 71; *ib.*, *Muñoz Díaz vs. España*, n.º 49151/07, 8.3.2010, p. 50; *et al.*)

(177) Corte IDH, caso *I.V. vs. Bolivia*, Sent. Serie C/n.º 329, de fecha 30.11.2016, p. 241.

ticular o mayor vulnerabilidad, máxime si se encuentran separados de sus padres o familiares –al punto que la Corte Interamericana ha señalado que, en tal supuesto, existe una obligación estatal de aplicar el *estándar más alto* para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal¹⁷⁸.

El tercer aspecto sobresaliente de un examen diferenciado de convencionalidad en casos paradigmáticos de vulnerabilidad descubre una relación también con una dimensión nueva, y poco explorada en la jurisprudencia interamericana en el parecer de algunos portavoces expertos, sobre el *derecho a la protección judicial como elemento integrador de los derechos fundamentales* de fuente nacional y convencional estipulado en el art. 25 CADH.

A diferencia del punto de vista tradicional que ha desenvuelto ampliamente el aspecto concerniente al deber de garantizar el acceso a un recurso judicial, efectivo, adecuado, rápido y sencillo –al punto de considerar cualquier medio de impugnación como una extensión del derecho de acceso a la justicia en general, se predica la existencia de una dimensión particular y de gran trascendencia sustantiva para la tutela de los derechos –incluso, autónoma de los contenidos del *debido proceso* sobre los que se explaya el art. 8 CADH. Cuando aquélla se combina con el tratamiento de asuntos concernientes a grupos vulnerables, le confiere a la tesis del control diferenciado de convencionalidad un insumo susceptible de integrarse con conceptos provenientes de totalidades de teorías y prácticas más amplios y hasta le sirve de sostén para acometer una función de contralor convencional adjetivada por contextos particulares de debilidad desde el enclave del *derecho a la garantía de los derechos* y desde una *dimensión integradora de derechos fundamentales* de rai-gón doméstico e internacional, en virtud de la cual tales aspectos tengan un *efecto importante* en el modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad que adopten los Estados nacionales y en su eficacia¹⁷⁹, máxime en supuestos en los que teniendo por meta una protección más robusta e intensa de los derechos de grupos desventajados y sus integrantes es menester ponderar la situación de vulnerabili-

(178) Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.*, Sent. Serie C/n.º 110, de fecha 8.7.2004, p. 170; *ib.*, caso de las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Sent. Serie C/n.º 252, de fecha 25.10.2012, p. 155; *ib.*, caso *Rochac Hernández vs. El Salvador*, Sent. Serie C/n.º 285, de fecha 14.10.2014, p. 110; *et al.* De lo anterior se colige que, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas; esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer: “(...) las niñas son, como se ha aseverado, ‘particularmente vulnerables a la violencia’.” La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia, *cfr.* Corte IDH, caso *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 277, de fecha 19.5.2014, p. 134.

(179) Corte IDH, caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Sent. Serie C/n.º 276, de fecha 30.1.2014, pp. 45. Del voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

dad en que los ejercen y la necesidad de que el Estado adopte medidas especiales para garantizarlos.

Al reconstruir en oportunidad más próxima ciertos aspectos que lindan con el núcleo central de este argumento, no sólo se ha hecho hincapié en el acceso a la justicia internacional al concebirlo como una *meta garantía* (en tanto permite asegurar la tutela judicial efectiva de derechos y las libertades reconocidos convencionalmente contra actos violatorios de los mismos, de forma coadyuvante y complementaria a las jurisdicciones nacionales), sino también en la condición de una *herramienta emancipadora* y, a la vez, una *apuesta inclusiva* y superadora para el empoderamiento de los *grupos histórica o tradicionalmente desaventajados*, pues tal impronta no redundará sino en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática (aun en aquellos países con una marcada trayectoria de observancia de los derechos humanos)¹⁸⁰.

V. ¿Un test riguroso de convencionalidad por convergencia? A partir de la interacción de los argumentos contenidos en los ejemplares del sistema de vigilancia convencional diversificada

13. A esta altura, el lector bien podría abrigar la siguiente sospecha: ¿no podría configurarse, acaso, otra situación argumentativa en la que aislar el tipo específico de una revisión convencional distinta a las muestras hasta aquí colectadas? Primeramente explican Chaïm Perelman y Lucye Olbrechts-Tyteca¹⁸¹ nadie ignora que existen *interacciones entre argumentos*, de modo que si varios argumentos arriban a la misma conclusión, ya sea general o parcial, definitiva o provisional, aumentará, por consiguiente, el valor atribuido a la conclusión y a cada argumento; pues, parece poco probable que varios razonamientos totalmente erróneos conduzcan al mismo resultado. Esta conexión argumental, incluso, puede valerse de una simple enunciación, una exposición sistematizada y hasta de la alegación –con un modo explícito– de un *argumento de convergencia*.

Resulta, pues, que más allá del ambiente de un manejo *normal* de los asuntos públicos [*day-to-day management of public affairs*]¹⁸², las *emergencias* en el parecer de

(180) Cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 54.

(181) PERELMAN, Chaïm - OLBRECHTS-TYTECA, Lucye. *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Gredos, Madrid, 2006, pp. 714-715 [Título de la obra original *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989].

(182) Cfr. SERNA DE LA GARZA, Pedro. "Preface" *ap. Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. IX, revelando (más tarde, en p. 62, en ocasión de su estudio bajo la etiqueta "COVID19 and Constitutional Law: The case of México") un dato sugestivo a la hora de entender los retos políticos y jurídicos que avivan la expansión de la peste: los constitucionalistas están acostumbrados a reflexionar y opinar sobre procesos y cuestiones

algunos académicos proveen una cotizada oportunidad para captar, desafiar y hasta reforzar nuestras más fundamentales suposiciones institucionales y normativas, al menos desde que afloran para testear los propios límites de tales asunciones¹⁸³.

No podrían entonces, darse por desatendidas las connotaciones que acarrea la realidad en estos tiempos convulsos del desmán vírico ocasionado por el SARS-CoV-2, tampoco las diferentes maneras con las que se ha pretendido encauzar jurídicamente su contrarresto en los distintos sistemas normativos¹⁸⁴.

constitucionales en un contexto de normalidad, mientras que la pandemia del COVID-19 les ha impuesto, al final, un deber pendiente: diseñar instituciones, procedimientos y mecanismos para que el Estado democrático y constitucional pueda reaccionar ante emergencias de este tipo con la menor posible alteración de sus principios fundacionales (esto es, los derechos humanos, la separación de poderes y la democracia).

(183) LAZAR, Nomi, C. "The Everyday Problem of Emergencies", *U. Toronto L. J.*, 59 (2) (2009) pp. 237249. Tal vez ello explique una reciente inquietud de Sergio García Ramírez: la pandemia que se abate hoy por hoy ha tenido una función singular, además de sus conocidas fatalidades, pues constituye un reflejo para que las personas se contemplen atrapadas por la desgracia y la necesidad de remontarla; es después de todo un *espejo para el mundo* que revela vicios y virtudes, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Pandemia y desigualdad: los factores de una crisis" *ap.* García Ramírez, Sergio - González Martín, Nuria -Coord., *COVID19 y la desigualdad nos espera.*, UNAM, México, 2020, p. 45.

(184) Cfr. CANOSA USERA, Raúl. "Ordenación de las fuentes del Derecho en estados de emergencia sanitaria" *ap.* Barceló Rojas, Daniel-coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena.* México: UNAM, 2020, pp. 270271, al allegar un atractivo inventario de los distintos mecanismos de reacción [inaugural, por cierto] de los Estados ante la pandemia principalmente en el entorno europeo: desde las muestras de activaciones del propio *Derecho de la normalidad* en tanto de sus preceptos se extrajeron poderes y cargas para afrontar la incidencia sanitaria (de estar, *v.gr.*, a la alternativa alemana en pos de la puesta en marcha, desde el 27 de marzo de 2020, de la Ley de protección de la población en caso de epidemia de importancia nacional [*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*], desechando así la aplicación de los dispositivos emergenciales albergados en los arts. 91 en ocasión de peligro para el régimen fundamental de libertad y democracia y 115 en oportunidad de situaciones de amenaza y guerra exterior de la Ley Fundamental de Bonn de 1949), pasando por la revista de distintas opciones a favor de algún mecanismo de *Derecho de excepción* (entre las que se destaca, *v.gr.*, la experiencia española por medio del pronunciamiento del estado de alarma –en mérito del Real Decreto n.º 463/2020 del día 14 de marzo con el propósito de sortear la crisis de salud, con sostén en los arts. 55.1 y 116 de la Constitución de 1978, al igual que en los preceptos de la Ley Orgánica n.º 4/1981), hasta, inclusive, la recolección de ejemplares *sui generis* del *Derecho de la normalidad* (tal como aconteció, *v.gr.*, en Francia, en la que se descartó, al inicio mismo de la peste, la implementación de los potestades presidenciales especiales previstas en el art. 16 del texto constitucional de 1958 en casos de amenaza grave e inmediata a las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad del territorio y el cumplimiento de sus compromisos internacionales, y siempre que, además, se produzca una interrupción en el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, como también del estado de urgencia por graves violaciones al orden público y hechos de calamidad pública contemplado por la Ley n.º 55385 del 13 de abril de 1955, para desaguar, no sin polémica, en la emisión de un decreto ministerial de la cartera de salud y la subsiguiente sanción –el día 23 de marzo de 2020 de la legislación que contempló el estado de urgencia sanitaria –*état d'urgence sanitaire*- ante una catástrofe de tal signo que ponga en peligro, por su naturaleza y duración, la salud de la población y cuya medidas resulten de su declaración por decreto del Consejo de Ministros, la que ha de informarse, para su seguimiento y evaluación, tanto a la Asamblea Nacional como al Senado [LOI n.º 2020290 *d'urgence*

Queda en claro, entonces, que el estado de emergencia producido por aquélla, aun cuando acarree la experiencia de una transformación radical en la vida cotidiana y hasta deslice el replanteamiento urgente de reformas estructurales al Estado constitucional [y convencional] de Derecho¹⁸⁵, no es una excepción dentro de la excepción¹⁸⁶. Tampoco podría sobreestimarse al punto que el Derecho excepcional se precipite hacia un excesivo empoderamiento de las autoridades públicas encargadas de lidiar con el esparcimiento de la peste a partir de un arriesgado cheque en blanco –*blank check*¹⁸⁷.

Descartando –al menos, en lo que aquí incumbe el propósito de desaguar hacia la modelación de un nuevo e innovador régimen de contralor [convencional] en

ce pour faire face à l'épidémie de COVID-19)), o bien, *formatos peculiarísimos por la imprevisión constitucional de institutos del Derecho de excepción* (un modelo al respecto, *v.gr.*, ha sido identificado en el orden constitucional italiano, pues el texto constitución de 1947 no ha ofrecido instrumento alguno para paliar la emergencia, de suerte que allí (luego de la Resolución del Consejo de Ministros del 31 de enero de 2020, en razón de la cual se declaró el estado de emergencia por riesgo sanitario asociado a la aparición de enfermedades causadas por agentes virales transmisibles] se ha persistido operando con el sistema de fuentes ordinario pero radicalmente transformado a partir del empleo de decretosleyes, tenidos en vista por el art. 77 de la Constitución para hipótesis de extraordinaria necesidad y de urgencia, con la meta de impulsar medidas urgentes para la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID19 [de conformidad, *v.gr.*, con los *Decreto Legge* n.º 6 del 23 de febrero, 9 del 2 de marzo, 11 del 8 de marzo, 14 del 9 de marzo, 18 del 17 de marzo, 22 y 23 del 8 de abril, 28 del 30 de abril, 29 y 30 del 10 de mayo, 33 del 16 de mayo, etc., todos del año 2020] y hasta su posterior transformación en ley [*v.gr.*, con motivo de la sanción de la *Legge* n.º 13 del 5 de marzo de 2020 respecto del *decretol*ey n.º 6 del 23 de febrero del 2020, del mismo modo que la *Legge* n.º 27 del 24 de abril hizo lo propio con el *decretol*ey n.º 18 del 17 de marzo del mismo año]. Para un mapeo en el campo del Derecho constitucional comparado en relación con el estado de crisis derivada de la pandemia ocasionada por la enfermedad del COVID19 mediante un análisis que pone el énfasis, a más del ejemplar europeo, en sistemas jurídicos americanos, asiáticos, africanos, oceánicos, etc., desbrozando los temas constitucionales que han sido de preocupación e interés en cada uno de ellos, cfr. SERNA DE LA GARZA, Pedro. "Preface" *ap. Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. X. *Vide etiam* GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria - VALADÉS, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*. México: UNAM, 2020.

(185) LANDA, César. "Fundamental Rights During the Coronavirus in Perú" *ap. Serna de la Garza, Pedro* -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 64, entre las que auspicia la propuesta de recepción –en los documentos constitucionales domésticos- de un actualizado listado de derechos económicos y sociales con protecciones especiales para los grupos más vulnerables.

(186) VALADÉS, Diego. "Problemas constitucionales de los estados de emergencia" *ap. Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E.* -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. XXX.

(187) AYALA CORAO, Carlos. "Venezuela: COVID19 + Dictatorship + Complex Humanitarian Emergency" *ap. Serna de la Garza, Pedro* -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 80.

materia de emergencias¹⁸⁸ y de cara al escenario global de una pandemia todavía abierta¹⁸⁹, lo cierto es que -de estar a lo anteriormente expuesto- el anterior catálogo de especímenes de contralor diferenciado de convencionalidad es sin duda sugerente, pero puede resultar engañoso si lo pretendido es clausurar el surtido de los escrutinios diversificados de inspección convencional. Es que las características anotadas para un ejercicio intensivo y más enérgico de la fiscalización convencional en contextos de emergencia y en situaciones de particular vulnerabilidad y riesgo, pueden conectarse intrínsecamente para alumbrar una variedad más, la que luzca conceptualmente distinta a las precedentes.

Esta inquietud parecería estrellarse de lleno con el parecer de aquellos estudiosos que sufragan la idea de que los tribunales de justicia harían bien con prescindir del empleo de los diferentes estándares de escrutinio y, en cambio, implementar una revisión en todos los contextos que se encamine a constatar no sólo que media un ajuste suficiente entre los medios que limitan, afectan, restringen, etc., los derechos y los propósitos perseguidos con su aplicación, sino también la carestía de alternativas menos restrictivas que las escogidas¹⁹⁰.

Con razón, en este punto se podría replicar que, de estar a la línea poderosamente influyente de los argumentos bosquejados por el Tribunal de San José, las medidas estatales para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos son, en puridad, *de signo positivo*: unas de índole *general, i.e.*, dirigidas a toda la población y ligadas a la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno, y otras de carácter *especial, i.e.*, determinables en función de las *particulares necesidades de protección* del sujeto de derecho, ya sea por su *condición personal* o por la *situación específica* en que se encuentra, de tal modo que en orden a esta última vertiente de medidas especiales los expertos están en lo cierto cuando alertan que ya media a su respecto una exigencia de revisión cuidadosa de convencionalidad¹⁹¹.

En más de un aspecto, se seguiría -en resumidas cuentas que este último respaldo de las medidas especiales conduce, fatalmente, a la hipótesis de un nuevo arquetipo de verificación diferenciada de convencionalidad hacia una dificultad crucial -hasta,

(188) ACKERMAN, Bruce. "The Emergency Constitution", *Yale L. J.* 113 (2004), p. 1031.

(189) GARCÍA ROCA, Javier. "La experiencia de España en el estado de alarma ante el coronavirus" *ap. Serna de la Garza, Pedro -coord., Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 189.

(190) BARNETT, Randy, E. *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2014, pp. 339 y 345.

(191) Esta caracterización está profundamente arraigada entre los principales comentaristas de la doctrina del control de convencionalidad: *v.gr.*, NASH ROJAS, Claudio. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Porrúa, México, 2009, p. 33. *Vide etiam* FERRER MACGREGOR, Eduardo - PELAYO MÖLLER, Carlos, M. "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, 10 (2) (2012), pp. 141192.

en cierta medida, distorsionante del inventario que hasta aquí se ha descripto; sin embargo tal cariz opone, en rigor, una dificultad más aparente que auténtica. Y ello así desde que hay aquí un más profundo nivel en la *situación específica* que justifica un análisis especial de convencionalidad, consistente en la *afluencia* de un *estado de emergencia* que –en cuanto realidad fáctica excepcional, transitoria y grave viene a *maximizar* la trascendencia del cumplimiento del deber de protección especial que *per se* ya es exigible bajo el acontecer ordinario en razón de las particulares necesidades de resguardo del sujeto tutelado.

A la par, otro motivo discurre hacia la aceptabilidad de este especial ejercicio de convencionalidad y está representado por la *convergencia interrelacionada y combinada* de un auténtico escenario de emergencia y de situaciones de particular vulnerabilidad y debilidad, en la que se acoplan, así, una pluralidad de elementos asociados entre sí con la potencia para generar impactos desproporcionados y diferenciales a los grupos vulnerables y sus miembros, a saber: las causas productoras de la emergencia y su magnitud, los factores de vulnerabilidad y las fuentes de discriminación.

Parte del atractivo de este rubro distintivo en el set del examen de convencionalidad radica en su énfasis en la incidencia diferenciada de la pandemia en grupos ya de por sí vulnerables como en el acento en la necesidad de adoptar medidas específicas en calidad y profundidad para proteger a sus integrantes, de allí que cuando Sergio García Ramírez y Nuria González Martín se adentran hacia el campo de los problemas y reflexiones alojados en confabulación entre la potencia viral del SARS-CoV-2 y la desigualdad, proporcionan un argumento de base (y hasta empoderador) que resulta sin lugar a duda familiar, cuanto no a la propuesta a fondo de un control diferenciado de convencionalidad, sí al fulgor de una *retórica de la diversidad* que en tanto reconoce igual valor a modos de ser diferentes¹⁹² gana protagonismo en la medida que presentan a la vulnerabilidad como un acicate para la superación de las exclusiones y avatares potentemente condicionados por la pandemia y sus efectos. Así, *v.gr.*, los mencionados académicos mexicanos batallan, sin ambages y en medio de la peste, contra la *religión de la desigualdad*¹⁹³: la observancia de los derechos humanos –escriben– padece bajo la hostilidad de la pobreza y el desvalimiento en diversos espacios de la vida pública y privada, de modo que si la práctica de esos derechos (con el consecuente cumplimiento de los deberes del poder público) se *enrarece* en *condiciones normales*, la penuria se *extrema* cuando sobrevienen *circunstancias particularmente graves* que merman la calidad de la vida y plantean severos problemas de supervivencia (los que, siendo así, cunden

(192) Cfr. TAYLOR, Charles. *The Ethics of Authenticity*. Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 51.

(193) WOLFF, J. “Scanlon on Social and Material Inequality”, *Journal of Moral Philosophy*, 10 (4) (2013), pp. 406425.

en los sectores menos favorecidos de la población y especialmente en los grupos que, a menudo, se caracterizan como vulnerables)¹⁹⁴.

14. ¿En pos de qué propósito cabe identificar este prototipo de un control más potente y acentuado de convencionalidad? Por la razón tan llana como poderosa que la experiencia del COVID19 ha permitido caer en la cuenta de la intensidad de las restricciones que pueden cernirse sobre los derechos¹⁹⁵.

Este punto puede ser visto por lo pronto a través del lente modélico de la apertura normativa hacia múltiples referentes exteriores con el objetivo principal de interpretar tanto el contenido como el alcance de los derechos garantizados por la Convención¹⁹⁶, especialmente con motivo de las resoluciones que han emitido tanto la Comisión IDH como la Corte IDH en el contexto de la emergencia sanitaria global ocasionada por el poderío viral del SARS-CoV-2.

Así, en la Res. Comisión IDH n.º 1/2020, adoptada el día 10 de abril de 2020, la distinción insinuada entre situaciones específicas según estas determinen de estar a la lexicografía interamericana las particulares necesidades de protección desde la cadencia de la normalidad o, en cambio, desde la métrica de la emergencia, parece ser machacada desde los inicios mismos del documento internacional en cuestión, al dejarse en claro que si bien la pandemia del COVID19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la *población en general* (en virtud de los

(194) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio - GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. "Introducción" *ap.* García Ramírez, Sergio - González Martín, Nuria -Coord., *COVID19 y la desigualdad nos espera*, UNAM, México, 2020, p. XV, sin perjuicio que, a su entender, aun cuando concurren razones para pensar que en condiciones normales (habida cuenta de la variedad de datos que caracterizan esa pretendida "normalidad"), la igualdad se halla sujeta a fuertes tensiones derivadas de la injusta distribución de bienes y servicios, lo que –aquí pide interpretación es la percepción –reseñada en p. XVI sobre que la desigualdad, en tanto tema ético de primer orden, concurre hoy mismo al agravamiento de los problemas que entraña la pandemia, pues si cuenta que éstos podrían ser diferentes (o no los habría, incluso) en el desiderátum de una sociedad más igualitaria, se revela que, al fin y al cabo, la desigualdad que no se ha sabido corregir (o que sólo se ha moderado limitadamente) no hace sino extremar los males de la pandemia y abundar sus perniciosas consecuencias.

(195) GARCÍA ROCA, Javier. *Op. cit.*, p. 183, sin perjuicio de hacer notar que, a su juicio, con la enfermedad del COVID19 la emergencia es de una magnitud que no encaja plenamente en el grueso de las categorías constitucionales. Por lo demás, la evocación de credenciales igualitarias en el terreno del diseño de las instituciones -primordialmente ante disposiciones normativas y prácticas portadoras de desigualdad y asimetría también le resulta atractiva, incluso en tiempos de pandemia, a Diego Valadés: el virus SARS-CoV-2 ha mostrado las debilidades de los sistemas en cuanto al tratamiento desigualitario y, en tanto lo ha hecho en diferentes espacios (*v.gr.*, poder económico, federalismo, régimen tributario, etc.), es de la opinión que ha llegado el caso de una necesidad de *igualdad institucional*, la que debe ser satisfecha mediante reformas que militen en aras de diseños coherentes y funcionales, *cfr.* VALADÉS, Diego. "Desigualdad estructural" *ap.* García Ramírez, Sergio - González Martín, Nuria -Coord., *COVID19 y la desigualdad nos espera*, UNAM, México, 2020, pp. 203 y ss.

(196) BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014), pp. 105161, 119.

serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que conlleva), no deberían perderse de vista que se hace más preocupante el *impacto diferenciado* que se descarga sobre *personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad*, y ello en función, entre otros, de los siguientes vectores: los endémicos y transversales problemas de desigualdad estructural de la región, los altos índices de violencia de género, la extensión del fenómeno de migración, desplazamiento forzado, asilo y apatridia, la discriminación estructural en contra de grupos en situación de particular debilidad como las secuelas interseccionales sobre la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para tales colectivos, etc.¹⁹⁷.

Este argumento se contiene en el siguiente pasaje, en el que sin descuidar que, en determinadas circunstancias, con el objeto de generar adecuada distancia social puede resultar de hecho imperativa la restricción del pleno goce de derechos, se puntualiza:

*“(...) los contextos de pandemia y sus consecuencias acentúan la importancia del cumplimiento y observancia de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y particularmente aquéllas referidas a los DESCA (...) en el contexto de la pandemia, los Estados tienen la obligación reforzada de respetar y garantizar los derechos humanos (...) mediante la restricción o limitaciones a los derechos se pueden generar impactos en el goce de otros derechos de manera desproporcionada en determinados grupos y que, por lo tanto, se hace necesaria la adopción de medidas positivas de protección adicionales para estos grupo”*¹⁹⁸.

Al propio tiempo, debería quedar sentada con claridad adecuada la característica del ensamble o acoplamiento combinado de estado de emergencia y situaciones de especial vulnerabilidad de grupos humanos en mérito del cual se afiance un enjuiciamiento más acentuado y severo de convencionalidad. No por casualidad, se esgrime que al momento de emitir *medidas de emergencia* encaminadas a la contención de la pandemia del COVID-19, los Estados deben brindar y aplicar *perspectivas interseccionales* y *prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado* de dichas medidas en los derechos humanos de los *grupos históricamente excluidos o en especial riesgo*¹⁹⁹.

(197) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020, punto A, pp. 34.

(198) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020, punto B, apartados I y II, pp. 56.

(199) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020, punto B, apartado III, p. 7, entre los que se alude a “(...) personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas”, sin desconocer la particular consideración que en el evento

Ambas argumentaciones, por lo demás, son coherentes con la reafirmación amén del rol fundamental de la independencia de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los órganos judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aun en contextos de pandemia, esencialmente a causa que la democracia y el Estado de Derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos y –además en razón que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos durante situaciones de emergencia puede tener impactos directos en los sistemas democráticos domésticos²⁰⁰.

¿Corren, acaso, tiempos peligrosos para la democracia? Más allá de que la centuria pasada pueda ser recordada -reflexiona Günter Frankenberg- como el siglo de los derechos humanos, podría aventurarse que la centena venidera se presente como la ruptura de los cánones liberales del modelo democrático y allegue la imagen del autoritarismo como la pesadilla del reinante siglo XXI; sin embargo -concluye el profesor de la *Goethe University in Frankfurt*- ambas épocas albergan sus luces y sombras²⁰¹. En lo que aquí interesa, desde las dosis de descontento, hostilidad, intolerancia, xenofobia, etc., que desaguan hacia el *apoyo popular a figuras autocráticas* que ponen a prueba los límites mismos de las reglas democráticas²⁰², pasando por la puesta a prueba de la conciencia constitucional²⁰³ o la propagación de la debilidad institucional,²⁰⁴ hasta la transformación de la lucha contra la pandemia en una *competencia entre regímenes políticos*²⁰⁵ o en la instauración de *estados de emergencia*

de pandemia se imprime, por lo general, a los cuidados de las “(...) *personas enfermas o necesitadas de especial atención*” al mencionarse que aquéllos “(...) *recaen fundamentalmente en las mujeres, a expensas de su desarrollo personal o laboral, existiendo un escaso nivel de institucionalización y reconocimiento social o económico para tales tareas de cuidados que en tiempo de pandemia se vuelven aún más necesarios y exigentes.*”

(200) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020, punto B, apartado II, p. 6.

(201) FRANKENBERG, Günter. “Authoritarian Constitutionalism: Coming to Terms with Modernity’s Nightmares” ap. Alviar García, Helena Frankenberg, Günter -eds., *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 1 y ss.

(202) SANDEL, Michael, J. *The Tyranny of Merit: What’s Become of the Common Good?*, Allen Lane, London, 2020, 1.

(203) BLUME FORTINI, Ernesto. “La Constitución peruana frente al COVID19” ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 173, cuanto menos si la respuesta política pasa por decisiones de gobierno que ceden a las tentaciones totalitarias y resultan proclives a producir una situación de concentración de poder y de eventual afectación de derechos.

(204) MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Sin excepción: la interamericanización es la respuesta a la pandemia del COVID19 en América Latina” ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 206, sin dejar de tener en mente la entidad de la amenaza si –además se repara en la añeja tradición regional de concentración de poder en el Ejecutivo, la desparlamentarización, la restricción del espacio para la oposición política, el debilitamiento o carencia de mecanismos de control, etc.

(205) VON BOGDANDY, Armin - VILLAREAL, Pedro, A. “Derecho Internacional Público y la respuesta frente a la pandemia del COVID19” ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords.,

de facto, i.e., fuera de los textos constitucionales e internacionales²⁰⁶, etc., sería un error no interpretar en tales vectores el despliegue de condiciones al ritmo de la mentada pandemia con el suficiente ímpetu para gestar el riesgo de la regresión constitucional y el consecuente quiebre democrático²⁰⁷.

Sabido es que, con arreglo a su conexión con los fines que subyacen a todo el sistema de protección internacional y la noción de garantía colectiva asociada al mismo, de la intención de los Estados de consolidar un régimen de libertad personal dentro del cuadro de las instituciones democráticas (a tenor del mandato preambular de la CADH), cuanto de los enunciados normativos albergados en los arts. 29, 30 y 32 del Pacto, los intérpretes convencionales derivan la virtualidad del *principio democrático* que *inspira, irradia y guía la aplicación de la CADH de forma transversal*; incluso, la mentada directriz lleva adelante tal cometido no sólo como una *pauta interpretativa* sino cual *principio rector* susceptible de articular la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema promueve y protege entre ellos, la plena vigencia de los derechos humanos, y brinda, de este modo, una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas en el marco del Estado de Derecho²⁰⁸.

Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado, UNAM, México, 2020, p. 24.

(206) AYALA CORAO, Carlos; “Los retos de la pandemia del COVID19 para el Estado de Derecho” *ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 217, en alusión al peligro para los derechos humanos que representa la instrumentalización por regímenes autoritarios de medidas abiertamente arbitrarias o contrarias al Estado de Derecho y la democracia bajo la cobertura la pandemia causada por el COVID-19.

(207) GINSBURG, Tom - HUQ, Aziz, Z. “How to Lose a Constitutional Democracy”, *UCLA L. Rev.*, 65 (1) (2018) pp. 78169; *ib.*, *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago - London, 2018, pp. 6 y ss., 35 y ss., 49 y ss.

(208) Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 72, con reseña de la Resolución AG/RES. n.º 835 (XVI O/86), de fecha 15.11.1986, en la que se manifiesta que “(...) *la estructura democrática es un elemento esencial para el establecimiento de una sociedad política donde se puedan realizar plenamente los derechos humanos*”, cuanto de la Resolución n.º XXVII de la X Conferencia Interamericana de Caracas de 1954, ocasión en la que se señalara que: “(...) *la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales sólo se puede alcanzar dentro de un régimen de democracia representativa*.” Por lo demás, ha sido frecuente –en los anales interamericanos la evocación de la fórmula de la democracia representativa como uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención forma parte, cfr. Corte IDH, *La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC6/86, Serie A/n.º 6, de fecha 9.5.1986, p. 34; *ib.*, caso *Petro Urrego vs. Colombia*. Sent. Serie C/n.º 406, de fecha 8.7.2020, p. 90, aunque –se impone hacerlo notar con la aclaración que el principio democrático no es privativo del régimen convencional sino que exhibe, en cambio, una base más amplia en el desarrollo del sistema interamericano en tanto *presupuesto constituyente y fundacional* de la organización regional desde que se encuentra recogido en la Carta de la OEA, instrumento constitutivo de la organización y fundamental, cfr. Corte IDH, caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, Sent. Serie C/n.º 371, de fecha 28.11.2018, p. 54.

De allí que los expertos hayan recalcado la necesidad de escrutar el estado de excepción regional en América Latina bajo la lupa del *test democrático interamericano* como marco de referencia para analizar el equilibrio entre la democracia, el Estado de Derecho y la salvaguarda de todos los derechos humanos; testeó que, en tanto deriva de la interpretación conjunta de los elementos esenciales y componentes fundamentales de la consolidación democrática (con sostén en los arts. 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana –en adelante, CDI) y de la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos (a tenor de los arts. 7 y 8 de la CDI) en estrecha relación con la dimensión social (de estar a los arts. 11 a 13 de la CDI), tiene por meta de garantizar –así que las medidas adoptadas se ajusten a los estándares de protección de los derechos humanos en el marco de una sociedad democrática²⁰⁹; un ejemplo emblemático de este modo de argumentar ha consistido en pensar que todo el acervo del *ius commune* respecto de los artículos 26 y 27 de la CADH adquiere a la luz de su indivisibilidad e interdependencia una renovada vigencia.

¿Cómo es posible ello? No sólo a través de la afirmación que la pandemia ha generado una *interpretación reforzada a la inversa* de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos en la medida que la salvaguarda de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) requiere la garantía de los derechos civiles y políticos, no sólo viceversa, sino –también el carácter reforzado, que deviene de la dimensión de interseccionalidad y urgencia dentro de la emergencia, de atender a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad²¹⁰.

En suma, el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye, entonces, una *obligación jurídica internacional* y éstos soberanamente

(209) MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Introducción” *ap.* Morales Antoniazzi, Mariela -coord., *Test democrático interamericano frente al COVID19*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute For Comparative Public Law And International Law - Deutsche Forschungsgemeinschaft, Querétaro, 2021, pp. 15 y ss. Sobre el ligamen entre democracia representativa y la Carta Democrática Interamericana, huelga recordar que, a entender del Comité Jurídico Interamericano, aquélla resultó concebida como una *herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA* en materia de democracia representativa, y representa un *desarrollo progresivo del Derecho internacional*, cfr. CJI/RES, n.º 159 (LXXV-O/09).

(210) *Vide in profundis* MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Sin excepción: la interamericanización es la respuesta a la pandemia del COVID19 en América Latina” *ap.* González Martín, Nuria - Valadés, Diego –coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, pp. 204 y 206-207. Hace tiempo –también Cecilia Medina Quiroga había anticipado que lucía “(...) indudable que los órganos de supervisión del sistema, al aplicar e interpretar los derechos civiles y políticos de la Convención, pueden y deben tomar en consideración los aspectos económicos y sociales de los mismos (...) la combinación de la obligación de garantizar y de la prohibición de discriminación permite darle a los derechos civiles y políticos una amplitud que ayuda a disminuir la artificial brecha entre éstos y los derechos económicos, sociales y culturales”, cfr. MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 3940.

han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva²¹¹.

Luego, la Comisión IDH se ha ocupado de listar estándares y recomendaciones bajo la convicción que las medidas instrumentadas por los Estados en la diligencia y gestión de la referida pandemia deben tener como *centro el pleno respeto de los derechos humanos* y lucir *acordes con el DIDH* y con el propósito de que guíen su actuación de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales, aunque en tal menú se distingue claramente el deber de adoptar de manera interseccional un *enfoque de derechos humanos* en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19, y sus consecuencias, como así también el *respeto irrestricto* de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversalidad particularmente de los DESCA (art. 1).

Los estándares subsiguientes que parecerían rasgos meramente contingentes, en realidad son un aspecto necesario que elucidan el alcance en las circunstancias de la emergencia sanitaria de una evaluación *diferenciada* de convencionalidad: *v.gr.*, se asegura, por caso, que el *deber de garantía* ha de involucrar la protección de los derechos humanos atendiendo a las *particulares necesidades de protección de las personas* (art. 3.b), también que el objetivo de todas las políticas y medidas adoptadas ha de sustentarse en un enfoque de derechos humanos que contemple la *perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad y la inclusión* a más de la universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; la igualdad y la no discriminación; etc. (art. 3.e).

La hipótesis inicial, incluso, puede explicitarse puntualmente a través de la concreta exigencia por el art. 39 de implementar un *enfoque diferenciado* en ocasión de examinar las medidas de atención, tratamiento y contención de la pandemia del COVID19, con la meta de garantizar los derechos de los *grupos en situación de especial vulnerabilidad* y mitigar los *impactos diferenciados* que dichas medidas puedan generar. Al propio tiempo, ha señalado el mandato de promover desde las más altas autoridades la *eliminación de estigmas y estereotipos negativos* que puedan surgir sobre ciertos grupos de personas a partir del entorno de pandemia (art. 40).

De allí el miramiento prioritario, dado los distintos contextos y condiciones que potencializan su vulnerabilidad, de los derechos de *personas mayores* (arts. 41 y ss.), con motivo de su inclusión preferencial en los programas de respuesta a la pandemia y, en particular, la supervisión de que las decisiones sobre recursos y tratamientos médicos sean implementados sin discriminación en razón de la edad

(211) Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 72 *in fine*; *ib.*, *ib.*, caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/n.º 348, de fecha 8.2.2018, p. 114.

y prestando especial atención a las personas mayores con discapacidad o condiciones crónicas y enfermedades, pacientes con VIH/SIDA; *personas privadas de libertad* (arts. 46 y ss.), en función de la prioridad, en la evaluación de medidas transitorias y alternativas al encierro carcelario, de las poblaciones con mayor riesgo de salud principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes, como así también el especial cuidado y el estricto juicio de proporcionalidad que ha de primar en el análisis de medidas que limiten los contactos, comunicaciones, visitas, salidas y actividades educativas, recreativas o laborales, etc.; *mujeres* (art. 50 y ss.), al hacer hincapié en la incorporación de una perspectiva de género en las respuestas estatales para contener la pandemia de modo que se repare en las circunstancias de exposición que demandan atención diferenciada –*v.gr.*, precariedad económica, edad, condición de migrante o desplazada, condición de discapacidad, privación de libertad, origen étnico-racial, orientación sexual, identidad y/o expresión de género, etc., como el fortalecimiento de los servicios de respuesta a la violencia de género, en particular la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en el contexto de confinamiento; *pueblos indígenas* (arts. 55 y ss.), dada la conveniencia de extremar las medidas de protección de sus derechos en el marco de la pandemia del COVID-19, tomando en consideración el de recibir una atención de salud con *pertinencia cultural*, *i.e.*, que tome en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; *poblaciones en situación de movilidad humana* migrantes, solicitantes de asilo, personas refugiadas, apátridas, víctimas de trata de personas y personas desplazadas internas (arts. 58 y ss.), por medio de la prevención y combate de la xenofobia y la estigmatización de las personas en situación de movilidad humana en el marco de la pandemia cuanto de la elaboración de protocolos y procedimientos específicos de protección y atención dirigidos a migrantes y refugiados (en especial, si de la niñez se trata); *niñas, niños y adolescentes* (arts. 63 y ss.) al reforzar su protección mediante la consideración de sus particularidades como personas en etapa de desarrollo y la atención más amplia posible de su interés superior, sin perjuicio de las medidas de atención especial de NNA en situación de marginalidad, pobreza y exclusión; *personas LGBTI* (arts. 68 y ss.), realzando la garantía de inclusión en la formulación de políticas de asistencia social –en particular, de quienes se encuentran en un ciclo de pobreza, exclusión y falta de acceso a la vivienda cuanto la adopción de políticas que garanticen el respeto a la identidad de género; *personas afrodescendientes* (arts. 72 y ss.), mediante la implementación de un enfoque intercultural que asegure información clara, accesible e inclusiva sobre los procedimientos médicos y la prevención de usos excesivos de la fuerza basados en el origen étnico-racial y patrones de perfilamiento racial; *personas con discapacidad* (arts. 76 y ss.), en razón de la garantía de atención médica preferencial y sin discriminación, incluso en casos de racionamiento de recursos médicos; etc.

Otra muestra significativa está dada no sólo por la exigencia prevista en el art. 3.f de ajuste de las medidas estatales, en particular de las que resulten restricciones de derechos o garantías, a los principios *pro persona*, de *proporcionalidad* y *temporalidad*

-amén de la finalidad legítima del estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, sino, además, por el caso ejemplar del estándar en mérito del cual aun en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos el DIDH impone una serie de requisitos tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad dirigidos a evitar que el estado de emergencia sea utilizado no solamente de manera ilegal y abusiva, sino -primordialmente *desproporcionada* ocasionando, así, violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno(art. 3.g)-.

No necesitaría discutirse, entonces, la exigencia en cabeza de los Estados de asegurar que cualquier restricción o suspensión, adoptada en el marco de la pandemia Covid19, tenga sustento en la mejor evidencia científica y considere de manera previa y durante su implementación los *particulares efectos* que puede tener sobre los grupos más vulnerables con el fin de asegurar que su *impacto no sea especialmente desproporcionado* mediante la adopción de las medidas positivas que resulten necesarias, a la par de requerirse que toda decisión patrocinada, en el contexto aludido, debe considerar de *manera especialmente relevante* la perspectiva de *género, interseccional, lingüística e intercultural* (art. 28).

Allí también adquiere gravitación el deber de asegurar la existencia de *medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten en una situación de emergencia* (art. 29), y no sólo el de *abstenerse de suspender garantías judiciales indispensables* como las acciones de amparo y *hábeas corpus* que resultan eficaces para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y fiscalizar las actuaciones de las autoridades en el contexto de los estados de excepción (art. 25).

Otro tanto puede decirse de la prohibición de medidas de excepción que en sí mismas o por sus efectos resulten discriminatorias y contrarias al DIDH, en mérito de la cual ningún estado de excepción debe ser utilizado para generar propaganda a favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia (art. 22).

Una de las razones que hacen plausible la distinción mentada estriba en que el operador jurídico además de supervisar que la proclamación del estado de excepción sea realizada *de conformidad con el marco constitucional y demás disposiciones que rijan tal actuación*, en el que se identifiquen expresamente los derechos cuyo pleno goce será limitado, así como el ámbito temporal y geográfico que justifica tal excepción (art. 26), deberá controlar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el DIDH -en particular, el cumplimiento del principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud (art. 21) como así también fiscalizar las siguientes *notas del estado de excepción*: (i) se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real

a la independencia o seguridad del Estado; (ii) la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; (iii) las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y -por lo demás (iv) las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 22)²¹².

15. Con todo, otra descripción afín de este examen distintivo de convencionalidad surge igualmente del texto de la Dec. n.º 1/2020 de la Corte IDH, emitida con fecha 9 de abril del 2020, pues lejos están de perderse allí la contemplación diferenciada del contexto y las condiciones que potencian la vulnerabilidad consustancial de grupos humanos en situación de riesgo:

“(...) dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación (...) en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza”²¹³.

En ese sentido, también los jueces de San José anticiparon que todas aquellas medidas estatales instrumentadas para hacer frente al episodio pandémico y que resulten susceptibles de afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos han de cubrir las siguientes exigencias:

“(...) limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”²¹⁴.

(212) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020.

(213) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 6.

(214) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fe-

Después de recordarlo, ¿debería -sencillamente concluirse que las estrategias de los Estados Parte de la Convención, en oportunidad del abordaje de un estado de excepción, pueden obtener un sostén exclusivo a través de la invocación neta de los estándares interpretativos sobre la tutela de los casos paradigmáticos de los vulnerables los que, de por sí, ya pueblan densamente los repertorios jurisprudenciales interamericanos? ¿O, en cambio, cabría indagar si, además, tales parámetros interpretativos albergados en la jurisprudencia de la Corte de San José parecen sofisticarse y hasta adquirir una intensidad diferente, como consecuencia de los desafíos extraordinarios que conlleva una situación de emergencia, al extremo de revelar una fuerza argumental en un contexto de uso inconmensurable al habitualmente empleado durante períodos de normalidad y sosiego?, ¿después todo, estas explicaciones, acaso, no renuevan -*sine die* la discusión entre, por un lado, los adalides de una interpretación jurídica que con miras a resolver el defecto de *ambigüedad* del lenguaje legal, promocionan la regla del significado público ordinario de los términos empleados en una disposición normativa al momento de su promulgación -de manera que si los jueces se tentaran con agregar, remodelar, actualizar o restarle valía a partir de fuentes extratextuales, y hasta su propia imaginación, se correría el riesgo de modificar enunciados normativos por fuera el proceso reservado a sus autoridades normativas, aunque maticen su posicionamiento en hipótesis en que se demuestre la amplitud de los componentes de un texto legal (de estar al parecer del *Associate Justice* Neil Gorsuch al expedirse en el caso *Bostock vs. Clayton County*²¹⁵), y, por el otro, los que alertan el riesgo de que el resultado interpretativo así

cha 9.4.2020, p. 4, se trata de una fórmula de síntesis que -por cierto ha sido frecuentemente aducida (en aras de una declamada atinencia con las circunstancias particulares de los litigios) en algunos de los pronunciamientos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la crisis sanitaria y como consecuencia de planteos específicos vinculados a los regímenes jurídicos dictados al respecto, cfr. CSJN, CSJ 567/2021, de fecha 4.5.2021. Del voto propio del juez Ricardo L. Lorenzetti en el precedente “GCBA”; *ib.*, Fallos 344:316, en el caso “Ibarrola”, rememorando que los tribunales de justicia deben examinar con *creciente rigor* las intervenciones en los derechos, *a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas*, para establecer no sólo si está justificada la validez en general de la medida sino también su alcance; *ib.*, Fallos 344:126, en el fallo “Petcoff Naidenoff”, sin perjuicio de que los supremos argentinos también evocaron en la aludida decisión las *Directrices Interamericanas sobre los Derechos Humanos de las personas con COVID19* (particularmente su apartado n.º 14), como así también la *Declaración sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia COVID-19 en los niños*, emitida por el Comité de los Derechos del Niño el día 8 de abril de 2020 (en especial, su punto n.º 8); *ib.*, Fallos 343:1704, en el asunto “Lee”, aunque los jueces aquí rindieran su examen con apoyatura en el principio de razonabilidad y dejaran a salvo que si bien las *soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder judicial*, las leyes resultarán susceptibles de reproche con base constitucional cuando luzcan irrazonables, o sea, *cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad* (con cita de la doctrina registrada en Fallos 310:2845; 311:394 y 312:435); *ib.*, Fallos 343:930, en el caso “Maggi”; *et al.*

(215) Cfr. 590 U.S. _ (2020). De allí que, en fecha reciente, el parecer mayoritario -integrado por Neil Gorsuch, John Roberts, Ruth B. Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan concluyera que un empleador vulnera el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 cuando despidió intencionalmente a dependientes en razón de una característica legalmente protegida por aquella [42 U.S.C. §2000e-2(a)(1)]: el *sexo* como factor motivante, y hasta comprensivo de la orientación sexual

como de la identidad de género, sin importar si otros parámetros además han contribuido a la decisión del distracto, ni tampoco la circunstancia que el acto, práctica o instancia discriminatoria del dador de trabajo adquiera, en su tratamiento, dimensión grupal en lugar de individual con el propósito de verificar cómo una política, medida o resolución afecta categóricamente a un sexo en su conjunto versus al otro como un todo. Para así decidir se combinó que en una sociedad de leyes escritas [*society of written laws*] los tribunales de justicia no son libres para pasar por alto las órdenes normativas a partir de la fuerza de nada más que suposiciones sobre intenciones (y hasta conjeturas alrededor de expectativas) de los intérpretes; aunque tal idea presuponga argumentar que la historia legislativa nunca puede vencer a un texto legal desprovisto de todo atisbo de ambigüedad, nada impide aseverar que -primordialmente en el supuesto de emplearse un lenguaje amplio las fuentes históricas lucen útiles para un propósito diferente: pese a que el significado jurídico ordinario en ocasión de la promulgación legal es el que generalmente rige, los exégetas deberían resultar sensibles a la posibilidad de que un término legal que presente un sentido en un contexto pueda significar algo diferente en otro o albergar, inclusive, un contenido significativo mayor que el adscripto al tiempo de su sanción. Por el contrario, el entendimiento patrocinado por los juzgadores enrolados en la *dissenting opinion* (primordialmente los *Associate Justices* Samuel Alito y Clarence Thomas) se orienta a advertir que, a través de la consumación de un abuso de la autoridad judicial para interpretar las leyes, la exégesis auspiciada por la mayoría margina que la prohibición normativa se circunscribe a cinco motivos literalmente especificados: "(...) raza, color, religión, sexo e idioma nacional", sin que en dicho catálogo se enuncien la orientación sexual o la identidad de género, al margen de que el concepto de discriminación por sexo sería completamente diferente al de discriminación por orientación sexual o por identidad de género. En efecto, un textualismo debidamente entendido en modo alguno prescindirá del examen del contexto social en el que una disposición normativa ha sido promulgada –en la convicción de que puede tener una influencia importante en lo que se comprendía que significaban los términos empleados a la época de su promulgación, desde que los textualistas no leen los preceptos legales como si fueran mensajes recogidos por un potente radiotelescopio de una civilización distante y completamente desconocida (por el contrario, tales enunciados normativos se integran con comunicaciones entre miembros de una comunidad lingüística particular, radicada en un espacio preciso y desvuelta en un momento determinado, de modo que las mencionadas comunicaciones deben ser interpretadas como fueron comprendidas por tal comunidad en ese momento y lugar concretos), cfr. 590 U.S. _ (2020). Esta propuesta no es otra que la que John F. Manning milita al sostener que el significado del lenguaje depende de la forma en que una comunidad lingüística usa las palabras y frases en contexto, cfr. MANNING, John, F. "What Divides Textualists From Purposivists?", *Colum. L. Rev.*, 106 (2006), p. 78, de suerte tal que los magistrados judiciales sólo podrían adscribir a los términos de una disposición legal en lo que una persona razonable, familiarizada o versada en las convenciones sociales aplicables, habría entendido que está adoptando (puesto que, al fin de cuentas, los textos normativos transmiten significado únicamente porque los miembros de una comunidad lingüística relevante aplican convenciones de antecedentes compartidos para comprender cómo se usan *palabras particulares en particulares contextos*), cfr. MANNING, John, F. "The Absurdity Doctrine", 116 *Harv. L. Rev.*, 116 (2003), p. 2457. De allí que incluso, uno de los más conspicuos representantes del originalismo haya sentenciado: "(...) debemos leer las palabras de un texto [legal] como cualquier otro miembro del Congreso los habría leído (...) y aplicar el significado así determinado", cfr. *Chisom vs. Roemer*, 501 U.S. 380, 405 (1991) (Scalia, A.G., A.J., *dissenting*). En este orden de ideas, el parecer disidente del *Associate Justice* Brett M. Kavanaugh concluyó que el caso en cuestión se reducía a una pregunta fundamental: ¿quién decide?, para responder que bajo el principio constitucional de separación funcional del poder estatal la responsabilidad de modificar el Título VII de la Civil Rights Act con miras a que contemple la discriminación laboral con motivo de la orientación sexual o identidad de género ha sido endilgada por la Constitución al proceso legislativo y no, en cambio, a la decisión de un caso o controversia por una corte de justicia. De lo contrario, si los jueces pudieran, por ejemplo, reescribir o actualizar las leyes de atención médica, ambientales, etc., simplemente en función de sus propios

pergeñado funciona, de manera similar a la táctica empleada por los barcos piratas *pirate ships*, consistente en enarbolar una bandera textualista aunque, de verdad, se simpatice con los compromisos teóricos que habilitan a los tribunales a actualizar los enunciados normativos que mejor reflejen los valores actuales de la sociedad (según se advierte en la dissenting opinion de los *Associate Justices* Samuel Alito y Clarence Thomas?²¹⁶.

Estas son preguntas que no pueden ser evitadas, y podría postularse que han merecido, en parte, la atención de la propia Corte al glosarse a lo largo de la Dec. n.º 1/2020 el *especial énfasis* que adquieren en razón del alto impacto y carácter dinámico de la pandemia del COVID19: *v.gr.*, el deber de garantizar de manera oportuna y apropiada el derecho a la vida y la salud de personas mayores, migrantes, refugiadas y apátridas, miembros de comunidades indígenas, etc.²¹⁷, la indispen-

puntos de vista políticos, la rama judicial del gobierno se erigiría, al final, en una genuina *super legislature democráticamente ilegítima* [*democratically illegitimate super-legislature*], en tanto no popularmente elegida y encargada de secuestrar decisiones políticas reservadas a los restantes departamentos del poder. Siendo así, los magistrados judiciales han de adherir al canon de *ordinary meaning* no solamente en base a los contenidos del Estado de Derecho (una sociedad en el que éste impera debe tener leyes conocidas y comprensible para la ciudadanía) sino en función de la calidad de *accountability* que –en las sociedades democráticas facilita la asunción y testeo de las responsabilidades que se ciernen sobre el comportamiento de los representantes seleccionados plebiscitariamente, los que resultan gravemente comprometidos cuando los jueces patrocinan, en lugar del significado ordinario de la ley, productos interpretativos ocultos u oscuros, cfr. 590 U.S. _ (2020). Despejado ello, de la circunstancia que se convenga que “(...) [nuestro] rol como jueces es interpretar y seguir la ley tal como está escrita, independientemente de si [nos] gusta el resultado” (*Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397, 420–421 (1989) (Kennedy, A.J., concurring), no se sigue que un buen textualista ha de ser indefectiblemente un eximio literalista (de estar a lo advertido por Antonin G. Scalia, en ocasión de su reconocido *A Matter of Interpretation. Federal Courts and Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 24), tampoco que en la generalidad de los casos los magistrados judiciales estén obsesionados solamente por las definiciones literales de los términos empleados en un enunciado normativo (tal como lo previene CALEB, Nelson, con motivo de su reflexión en “What Is Textualism?”, *Va. L. Rev.*, 91 (2005) 376). Por el contrario, más bien esta línea de argumentación concluiría que –según lo sugiere William Eskridge la directiva principal, en la arena de la hermenéutica legal, es aplicar el significado que un lector razonable derivaría del texto normativo, de forma tal que el significado ordinario o corriente, o bien, la lectura de sentido común, es el *ancla de la interpretación jurídica*, cfr. ESKRIDGE, William. *Interpreting Law*. Foundation Press, St. Paul, 2016, pp. 33 y ss. En rigor, los textualistas han machacado que sería un grueso malentendido argüir que la adhesión al justo significado del texto –tal la piedra de toque en la que convergen– no se limita al significado hiperliteral de cada término inserto en una formulación normativa, tanto que decantaría en esa especie de literalismo estéril censurado, hace tiempo, por Learned Hand en el que se pierde de vista el bosque por los árboles [“(…) loses sight of the forest for the trees”], y se margina que el entero cuerpo de un enunciado normativo contiene implicaciones que bien pueden alterar el significado literal de las singulares palabras utilizadas por su autor, cfr. SCALIA, Antonin, G. - GARNER, Bryan, A. *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, ThomsonWest, St. Paul, 2012, p. 356.

(216) *Vide etiam* SCALIA, Antonin, G. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997, p. 22.

(217) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha

sabilidad de la garantía de acceso a la justicia con el propósito de monitorear todas aquellas medidas que conlleven afectación o restricción de derechos, evaluándose, entonces, su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos así como sus consecuencias en las personas²¹⁸, el extremo cuidado en el combate contra la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación en particular, a través de noticias falsas o incitaciones a la violencia²¹⁹; etc.; sin descuidarse también en razón de las medidas de aislamiento social: *v.gr.*, el deber estatal de *debida diligencia estricta* respecto al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia de género y sexual²²⁰, la *provisión básica* de alimentos, medicamentos y de otras necesidades elementales a los grupos humanos en situación de desvalimiento y marginalidad²²¹, la *posición especial de garante* del Estado respecto de las personas privadas de libertad a la hora de evaluar en forma racional y ordenada medidas alternativas al encierro carcelario²²², etc.

A diferencia de los escépticos (y, no por ello, menos francos) diagnósticos de ciertas prácticas constitucionales domésticas, para los cuales la cultura constitucional está a menudo en serios aprietos para encarar los tiempos del cólera²²³, aquí el contrapeso convencional ha alumbrado lo que Mariela Morales Antoniazzi rotula como la *interamericanización* de la respuesta contra la pandemia del COVID19, a la que consigue enmarcar (y esto es lo interesante) en una *doble vía*, es que mal habría de entenderse de manera unidireccional, puesto que -en rigor a nivel de los Estados se albergan reacciones para hacer valer el enfoque de derechos humanos en el contexto de una sociedad democrática²²⁴.

9.4.2020, p. 7.

(218) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 13.

(219) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 14.

(220) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 9.

(221) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 11.

(222) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 10.

(223) GARCÍA ROCA, Javier; “La experiencia de España en el estado de alarma ante el coronavirus” *ap. Serna de la Garza, Pedro –coord., Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 184.

(224) MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Sin excepción: la interamericanización es la respuesta a la pandemia del COVID19 en América Latina” *ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords.,*

Quizá otra dirección en la que también podría ahondarse es en la del despliegue, dentro de la lógica ya anticipada del constitucionalismo supranacional, de una matriz argumentativa de un sugerente *constitucionalismo de bienes fundamentales* para la persona humana, además de sus derechos, a través de la provisión de garantías destinadas a preservar y asegurar su acceso al disfrute de bienes vitales como comunes²²⁵.

VI. Coda. ¿No existe ninguna norma aplicable al caos? A propósito de una Convención Antiemergencia y las paradojas de la pospandemia

16. Así como -hace tiempo se ha hecho notar que la democracia vive continuamente en el presente²²⁶ y que los derechos humanos son, a fin de cuentas, indispensables en cualquier proceso democrático²²⁷, Richard Albert y Yaniv Roznai acuden, en un trabajo reciente, a la etiqueta (tentadora, por cierto) de una especie de *constitucionalismo bajo condiciones extremas*, faceta que revelaría en su opinión una serie de cuestiones fundamentales alrededor del diseño y funcionamiento constitucional que recorren el desafío de una variada tipología de diferentes crisis (*v.gr.*, conflictos armados, actos de terrorismo, colapsos financieros, desastres naturales, pandemias, etc.); es que pese a la idea, bastante frecuente, de los textos constitucionales como instituciones estables destinadas a perdurar durante un largo período a través de momentos tanto pacíficos como no, la realidad ha terminado por revelar, ahora como antes, que no son tan resistentes como se espera lo sean: *v.gr.*, sobrellevan, a veces, la manipulación por parte de los gobernantes que intentan rehacerlos con el pretexto de reformarlos, mientras que en otras ocasiones aquellos débilmente le hacen cara a los problemas de transición que acucian a una sociedad, descontando

Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado, UNAM, México, 2020, p. 210.

(225) FERRAJOLI, Luigi. "Per una Costituzione della Terra", *Teoria politica*, Nuova Serie Annali, 10 (2020), pp. 3957, 45 y 5357, con motivo de la estipulación de su status obligatorio y, por ende, indispensable con la meta de preservarlos y tornarlos accesibles a todos, máxime cuando esta pandemia -en su parecer ha presentado un aspecto particularísimo frente al concierto de las restantes emergencias (entre las que lista las de corte ambiental, nuclear y desigualitario) desde que ha tornado visible, más que en ningún otro episodio, la premura de cegar el vacío en la actuación de los mandatos albergados en las declaraciones de derechos que atesoran textos constitucionales e internacionales. Y lo ha evidenciado, al menos, en dos vertientes: de un lado, en el reconocimiento del *rol vital de la esfera pública* en la gestión de la crisis sanitaria que afecta a todo el género humano sin distinción de nacionalidad, y, del otro, al poner en el centro de la atención al *carácter global de las garantías* programadas, sobre la base de una estrategia unitaria y a partir de una institución global de garantía, para afrontarla y mitigar, así, sus impactos.

(226) BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 91.

(227) BUERGENTHAL, Thomas NORRIS, Robert, E. SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in the Americas: Selected Problems*, Engel, Kehl, 1986, p. 209.

las oportunidades en las que, lamentablemente, colapsan bajo el peso de las cambiantes realidades políticas, sociales, económicas, sanitarias, etc.²²⁸.

Podrían suscitarse discusiones febriles alrededor de esta escena de trastorno (y hasta de desplome) normativo, como de la relevancia de sus fundamentos más influyentes, y hasta llegar a ponerse en cuestión el argumento que controvierte fuertemente allí el rol de la Constitución, primordialmente cuando el análisis se lleva al plano de las experiencias sociopolíticas. Tom Ginsburg ha hecho gala de un agudo asalto a la especie de diagnosis que antecede: más que culpar al propio documento constitucional, debería extremarse un más fino examen -en el estado actual de la política- sobre las respuestas (a más de las rendidas por aquél) que han sido reflejadas por la ciencia, los expertos, el gobierno, la opinión popular, etc.²²⁹.

Sin embargo, no es la primera coyuntura en que los expertos abordan el tópico, es que más de una vez constitucionalistas y teóricos políticos han discutido -arduamente en torno a la exigencia de salvar la Constitución de las distorsiones

(228) Cfr. ALBERT, Richard – ROZNAI, Yaniv. “Modern Pressures on Constitutionalism” *ap.* Albert, Richard - Roznai, Yaniv -dirs., *Constitutionalism under Extreme Conditions. Law, Emergency, Exception*, Springer, Cham, 2020, pp. 113.

(229) GINSBURG, Tom. “COVID19 and the US Constitution” *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 74. Así, *v.gr.*, Selena Bateman y Adrienne Stone han explicado que el papel de la rama judicial del gobierno constitucional en el curso de la pandemia no sólo depende de su naturaleza reactiva como institución, sino -además del carácter dinámico de la peste, de la circunstancia que la corrección de medidas de contención se desarrolle no sólo en el foro judicial sino, a la postre, en el escenario político, económico-social, etc., cfr. BATEMAN, Selena - STONE, Adrienne. “Australia - COVID-19 and Constitutional Law” *ap.* Serna de la Garza, Pedro coord., *op. cit.*, pp. 231 y ss., mientras que Pablo Riberi ha dejado en claro que, en términos democrático-republicanos, el estudio de las emergencias, como la actual, requiere enfocarse en aspectos institucionales concernientes el desempeño de los poderes del Estado, y tal empresa ha de acometerse no sólo especificando institutos, procedimientos o reglas de diseño constitucional, o bien, explorando el comportamiento real de los órganos políticos, puesto que la justicia y la eficacia de dichos resultados no depende a secas de la cultura cívica, la buena voluntad de la autoridad ejecutiva, la osadía de los jueces, ni mucho menos de la sofisticada retórica de aquellos derechos consagrados en el tramo dogmático de la Constitución; siendo así, es en su parecer más auspicioso focalizarse en la sala de máquinas del documento constitucional, cfr. RIBERI, Pablo. “When The Center Lies Outside The Figure: Republic, Imbalance of Powers and Emergencies” *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 34. En contrapunto, Luca Mezzetti es de la idea que, en lugar de enfurecerse con la Constitución, sus operadores han de percatarse que su sufrimiento no se detecta sólo en las fuentes del Derecho o en el funcionamiento de la forma de gobierno, pues -de hecho el impacto probablemente más incisivo de los estados de emergencia se ha manifestado sobre los derechos fundamentales, cfr. MEZZETTI, Luca. “La pandemia de la Constitución: el impacto del COVID19 en el sistema constitucional italiano” *ap.* González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 130.

causadas por la pura necesidad²³⁰, aun cuando algunos de ellos se fían de la imagen de los estados de emergencia como un régimen cuidadosamente limitado, tolerado sólo ante una necesidad apremiante y siempre con rumbo hacia su terminación²³¹, mientras que otros asumen -ante la coyuntura que impele a los gobiernos hacia respuestas extraordinarias que los argumentos constitucionales están lejos de encorsetar a cualquier rama del poder estatal enfrentada a la gravedad de bregar con la excepción²³², sería esta última la que revelaría más claramente la autoridad del Estado, desde que -a juicio de Carl Schmitt no existiría, a pesar del tesón de ciertos juristas, norma alguna aplicable al caos: si para que un orden jurídico adquiriera sentido, debe existir una situación normal, soberano -de estar al mantra schmittiano es quien decide definitivamente si la situación normal en realidad existe²³³.

No es casual, pues, aseverar que las situaciones de excepción importan uno de los más serios desafíos para la implementación del DIDH²³⁴, al menos si no se soslaya el propósito de conjurar el ejercicio de poderes arbitrarios afincados en una zona incontrolable por el mismísimo Derecho a partir de la decisión de *legalizar la ilegalidad* sin sujeción a condiciones normativas, ni supervisión alguna por parte de jueces actuantes con arreglo al más mínimo espíritu de la legalidad resultante de los principios del Estado de Derecho²³⁵.

Siendo así, el lector no podría percibir sino el despeñe hacia un genuino agujero negro jurídico *legal black hole*, hacia un vacío sin ley en el que los actos estatales resultan desligados de restricciones jurídicas²³⁶, al propio tiempo que perdería de vista un seductor dilema: ¿la importancia del estudio *per se* de las emergencias estriba en su adjetivación cual eventos extraordinarios que comprometen la existencia misma de la sociedad en formas imprevisibles, o la trascendencia de su examen, en cambio, finca en que no resultan radicalmente distintas de las situaciones normales de la política sino en la medida que acarrear a la superficie aspectos implícitos de la política normal? Si se responde positivamente a la primera de las cuestiones esbo-

(230) TRIBE, Laurence, H. GUDRIDGE, Patrick O. "The AntiEmergency Constitution", *Yale L. J.*, 113 (2004), p. 1801.

(231) ACKERMAN, Bruce. "The Emergency Constitution", *Yale L. J.* 113 (2004), p. 1074.

(232) GROSS, Oren. "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?", *Yale L. J.*, 112 (2003), p. 1097.

(233) SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters On The Concept Of Sovereignty*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 13.

(234) SHEERAN, Scott P. "Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine and Politics", *Mich. J. Int'L L.*, 34 (2013), p. 491.

(235) DICEY, Albert, V. *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, Macmillan, London, 1959, pp. 412413 y 424.

(236) DYZENHAUS, David. "The State of Emergency in Legal Theory" *ap.* Ramraj, Victor, V. - Hor, Michael - Roach, Kent -eds. *Global AntiTerrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 65. *Vide etiam, ib.*, "Schmitt vs. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?", *Cardozo L. Rev.*, 25 (2006) 2005-2006.

zada, evidentemente la caja de herramientas ordinarias para acometer los asuntos etiquetados como de política normal, cuanto las disposiciones normativas que se adoptan para evaluarlos, no serían aplicables tampoco apropiables o acomodables al cariz de los estados de emergencia²³⁷.

De ahí que una consecuencia emerge claramente del proyecto de un control diferenciado de convencionalidad, pues el nuevo status categorial que se direcciona a la justificación del uso de sus reglas y principios, trasluce una aguda percepción -abonada desde hace tiempo por un destacado académico de la Universidad de Toronto, David Dyzenhaus²³⁸.

Su línea de argumentación, a cuya luz puede situarse la carga teórica de los diferentes niveles de escrutinio convencional, no ha retrocedido a la propuesta de enmarcar a la emergencia dentro de las lindes de un modelo extralegal [*extra legal measure model*], en el que la realidad fáctica excepcional por serlo desborda todo intento de captación normativa (al menos, desde que importa la prescindencia episódica de las respuestas normales que alberga el orden normativo); en contrapunto, la propuesta de un modelo legal [*legality model*] pasa por afirmar que la excepción es, inclusive, una figura regulada y limitada por el propio sistema jurídico y, en defecto de disciplina legal, está llena a su entender de recursos morales que informan el *constructo* de un Estado de Derecho capaz de responder, incluso, en situaciones susceptibles de someter a un gran estrés al orden político, jurídico y social, tal como acontece con estados de emergencia²³⁹, y en los que los jueces juegan un rol

(237) DYZENHAUS, David. "Emergency, Liberalism and the State", *Perspectives on Politics*, 9 (1) (2011), pp. 69-78.

(238) DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 1.

(239) Las propiedades que caracterizan a la literatura dominante sobre el tema se suelen resumir dicotómicamente a través de la representación de modelos binarios: *v.gr.*, *emergencia legal - emergencia extralegal*, con arreglo a la lectura de SCHEPPELE, Kim, L. "Legal and Extralegal Emergencies" *ap.* Whittington, Keith, E. - Kelemen, Daniel, R. - Caldeira, Gregory, A. -eds., *Law and Politics*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 165 y ss.; o bien, en mérito del contrapunto entre *enfoque de acomodo - enfoque de rigor*, auspiciado en POSNER, Eric, A. - VERMELUE, Adrian; "Accommodating Emergencies" *ap.* Tushnet, Mark, V. -ed. *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham - London, 2005, p. 55; descontando la alternativa alrededor del contraste entre *gobierno regular - gobierno excepcional*, cfr. FERREJOHN, John - PASQUINO, Pasquale. "Emergency Powers" *ap.* Dryzek, John, S. Honig, Bonnie - Phillips, Anne -eds., *Political Theory*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 32; etc. Del trabajo que los académicos llevan a cabo en este terreno se deduce que los partidarios de la respuesta extralegal al asumir, cual premisa epistémica, que el estado de excepción deviene *esencialmente extrajurídico*, anterior o diferente al Derecho (como la aventura HUMPHREYS, Stephen. "Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State of Exception", *Eur. J. Int'l L.*, 17 (2006), p. 678), se encuentran cómodos para criticar la pretensión regulatoria por ley de lo que por definición no puede ser reducido a enunciado normativo alguno (AGAMBEN, Giorgio; *The State Of Exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 10) y explotar, por ende, la idea de que las soluciones a las graves crisis socioeconómicas, políticas, sanitarias, etc., que se ciernen sobre los Estados se encuentran por fuera del dominio jurídico, en cuanto -en sentido schmittiano aquéllas resultan, a menudo, imposibles de predecirse, racionalizarse y normalizarse por cauce de disposicio-

nes normativas (lo que explica que la mayor orientación que puede proporcionar la Constitución es indicar quién puede actuar en tal caso), de modo que “*la excepción, que no está codificada en el orden legal existente, puede, en el mejor de los casos, caracterizarse como un caso de extremo peligro (...) para la existencia del Estado*” (SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago University Press, Chicago, 2005, pp. 6-7). Al llamar la atención sobre estos rasgos, otros adalides del *sovereignty approach* asumen que constreñir al tratamiento de la excepción al empleo de los recursos provistos por las reglas ordinarias de distribución de competencias y declaraciones de derechos, implica privar al Estado en el trance de un desafío a su subsistencia de otros medios para protegerse de la manera que necesita para asegurar su perdurabilidad (YOO, John. *The Powers of War and Peace*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005), marginar que justamente el estado de excepción es, como resultado, el medio para restaurar el orden necesario para que exista legalidad (SCHEPPELE, Kim, L. “Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11”, *U. Pa. J. Const. L.*, 6 (2004), p. 1011) y hasta desconocer que tratándose de un problema de sustancia política el conflicto desatado debe ser autoejecutado también políticamente (TUSHNET, Mark, V. “Political Constitution of Emergency Powers: Some Conceptual Issues” *ap.* Ramraj, Victor, V. ed. *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 145), en el entendimiento que el sistema jurídico no cuenta con la capacidad de atender situaciones de emergencia sin corromper, debido al quebrantamiento temporero de la legalidad que ellas suponen, su legitimidad en tal proceso -sin perjuicio de que la publicidad de las medidas implementadas y los mecanismos de rendición de cuentas sirvan de paliativos a un estado que *per se* es nocivo y perjudicial del Derecho (GROSS, Oren AOLÁIN, Fionnuala, N. *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 71, 124 y 228). Como contrapartida, los portavoces del *Legality or Rule of Law approach* esgrimen que la teoría schmittiana y sus derivaciones son, por lo pronto, inaceptables; de hecho, Giorgio Agamben replica que el estado de excepción comporta “(...) una parte integral del Derecho positivo porque la necesidad que lo fundamenta actúa como una fuente jurídica autónoma” (AGAMBEN, Giorgio; *The State Of Exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 23). Y en esta última perspectiva teórica se enroscan todos los esfuerzos a cargo de las ya anticipadas decisiones de los dos órganos de monitoreo del SIDH por justificar la supervisión jurídica de los estados de emergencia y visibilizar su importancia primordial, debido a que las violaciones más graves de los derechos humanos pueden ocurrir donde los Estados se valen de un poder *legibus solutus* (SHEERAN, Scott P. “Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine and Politics”, *Mich. J. Int’L L.*, 34 (2013), p. 502), pues allí donde se incrementa la concentración del poder gubernamental, junto con la destrucción de los controles y equilibrios sociales, es un dato de la experiencia la creación, perpetuación y atrincheramiento de sistemas autoritarios, *cf.* GROSSMAN, Claudio. “A Framework for the Examination of States of Emergency under the American Convention on Human Rights”, *AM. U. J. INT’L L. & POL’Y*, 1 (1986), p. 36. Inclusive, se ha postulado que el problema de elaborar sistemas de gobierno de crisis surge solamente dentro de los diseños estatales que -previamente han alcanzado cierto nivel de calidad democrática y retienen, siendo así, un apego simbólico, cuando no real, a su preservación (de estar a las opiniones vertidas tanto en FITZPATRICK, Joan, M. “*Human Rights In Crisis: The International System For Protecting Rights During States Of Emergency*”, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, pp. 66 y ss., cuanto en ROSSITER, Clinton, L. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948, p. 5). Sin duda se escaparía la especificidad de los discursos de las tradiciones en disputa si se redujeran unos y otros a sus perfiles antagónicos, máxime si se ha alertado que, al fin y al cabo, lo que está en juego es la cuestión de los mismísimos límites del Estado de Derecho como de sus atributos *v.gr.*, estabilidad, claridad, accesibilidad, prospectividad, reglas consistentes susceptibles de ser obedecidas y puestas en vigor (según lo advertido tanto por las contribuciones de DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 7, cuanto por los aportes de RAMRAJ, Victor, V. “No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality” *ap.* Ramraj, Victor, V. ed. *Emergencies and the Limits of Legality*,

trascendental aunque también se requiera la participación de las ramas legislativa y ejecutiva mediante un proyecto constitucional común²⁴⁰.

¿Por qué? Indudablemente en función de haber entendido no sólo que el sentido de los pronunciamientos vertidos por los tribunales de justicia en estados excepcionales tendrá repercusiones incuestionables sobre la forma en que, luego, se ocuparán de enjuiciar las situaciones ordinarias, sino también por la circunstancia de que, aun cuando el régimen normativo que desafía la realidad fáctica extraordinaria parecería a la larga menos excepcional (al punto que algunos magistrados judiciales pueden sentirse tentados de interpretar las disposiciones que rigen en períodos de sosiego de la misma manera), lo cierto es que la sensación de que la situación de emergencia se normaliza -al ser tratada por los juzgadores sin cambios sustantivos, cual si nada acontecería [*business as usual*, de estar a la expresión acuñada por Oren Gross²⁴¹], se desvanece al percatarse que la excepción comienza a filtrarse en otras partes del sistema jurídico²⁴². Al fin y al cabo, no son pocos los expertos que alertan que, a menos que se tomen precauciones cuidadosas, las medidas de emergencia tienen la costumbre de continuar mucho más allá de su tiempo de necesidad²⁴³.

El diseño de distintos niveles de escrutinio en la inspección de convencionalidad se sirve, en esto, de una lectura de la emergencia que, en lugar de reportarla como una categoría factual, auspicia su interpretación bajo una perspectiva normológica²⁴⁴ y a partir de tal cadencia parece confirmar, después todo, la intuición acuñada

Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 11), descontando -por supuesto que la propia noción conceptual de estado de emergencia es -a más de ambigua e incierta fronteriza en virtud de que se emplaza en la intersección de lo legal y lo político, *cfr.* AGAMBEN, Giorgio. *The State Of Exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 1. En suma, el diseño constitucional [y convencional] de un régimen para un limitado estado de emergencia es un asunto que dista de estar exento de complejidad, *cfr.* ACKERMAN, Bruce. "The Emergency Constitution", *Yale L. J.* 113 (2004), p. 1030.

(240) DYZENHAUS, David. "States of Emergency" *ap.* Rosenfeld, Michel - Sajó, Andrés eds. *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 460.

(241) GROSS, Oren. "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?", *Yale L. J.*, 112 (2003), p. 1011.

(242) DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 27.

(243) Además de la opinión mencionada -con este alcance en ACKERMAN, Bruce. "The Emergency Constitution", *Yale L. J.* 113 (2004), p. 1030, el lector puede extender el debate con las reflexiones al respecto que obran en el análisis de GROSS, Oren. "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?", *Yale L. J.*, 112 (2003), p. 1097.

(244) *Vide in extenso* RIBERI, Pablo. "When the Center Lies Outside the Figure: Republic, Imbalance of Powers and Emergencies" *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid19 And Constitutional Law*, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 34. Este entendimiento también implica asumir, tal como lo ha sugerido el reciente parecer del Carlos F. Rosenkrantz (a más de remozar una larga tradición jurisprudencial de nuestra Corte federal), que si la *emergencia no nos libera del poder regulativo del Derecho*, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone el texto constitucional; en

por Albert V. Dicey alrededor de un testeo inconfundible de una pretensión de superioridad normativa²⁴⁵, aunque aquí bajo los auspicios para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron de la Convención como un equivalente de una Constitución supranacional referente a derechos humanos²⁴⁶ (debido, también, a su tipificación de *piedra fundamental* del sistema de garantía de los derechos humanos en América)²⁴⁷.

síntesis, la Constitución es “*nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige; así la democracia saldrá fortalecida por su eficacia para gobernar la emergencia y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución*”, cfr. CSJN, CSJ 567/2021, de fecha 4.5.2021. Del voto propio del juez Carlos F. Rosenkrantz. Similares reflexiones se anticiparon, casi un año antes, al sufragar que las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho, de modo que en el contexto de una emergencia pública sanitaria originada por la propagación a nivel mundial, regional y local del COVID-19 y que sacude a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente las autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos, cfr. CSJN, Fallos 343:195. Del voto conjunto de los jueces Elena I. Highton de Nolasco, Juan C. Maqueda y Ricardo L. Lorenzetti.

(245) DICEY, Albert, V. *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, Macmillan, London, 1959, pp. 287288. Lo sorprendente de la reflexión diceyniana no es tanto que luzca susceptible de etiquetarse como una de las respuestas liberales al hecho [incómodo] de que una característica curiosa de los estados de emergencia consiste en que son *introducidos por la propia ley* –así ésta parece ser utilizada como un instrumento contra sí misma al suspender su propia operatividad, sino por el entorno en que se elaboró: la negativa al dualismo, en mérito del cual el soberano detente la autoridad de valerse de la ley para detener o interrumpir su vigencia, se pergeñó en un contexto constitucional predominantemente consuetudinario [*unwritten Constitution*] y en el que, por lo restante, debía usual la adjudicación de la propiedad de omnipotencia parlamentaria, cfr. DYZENHAUS, David. “Schmitt vs. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, *Cardozo L. Rev.*, 25 (2006), p. 2007. Por lo demás, al margen de la consabida contestación schmittiana –anticipada por John Locke a través de su noción de *prerrogativa, i.e.*, el poder de actuar discrecionalmente con miras al bien público, sin (e incluso contra) lo dispuesto por las prescripciones normativas [LOCKE, John; “Two Treatises On Government”, Cambridge University Press, London, 1967, p. 393], resta apuntar la sugerencia a cargo de Lord Leonard H. Hoffmann, en razón de la cual los poderes excepcionales que se activan en un estado de emergencia resultan albergados dentro de la Constitución y su compromiso con los derechos humanos -no fuera de ella, de suerte tal que los agentes estatales debe respetar las restricciones constitucionales –a más de las convencionales a su ejercicio; así, la mencionada idea, a través de su *dissenting opinion* en uno de los más sonados casos que le tocara zanjar a la House of Lords, contribuyó a declarar incompatibles las detenciones indefinidas sin cargos ni juicios de prisioneros extranjeros en la *HM Prison Belmarsh* –dispuesta en virtud del art. 23 de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001 con la tradición ética y la historia constitucional británicas, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 –cuyo art. 15, en cuanto refiere al supuesto de “*guerra u otra emergencia pública que amenace la vida de la nación*”, establece con precisión las condiciones en que la legislación de emergencia se consideraba necesaria anteriormente, la Human Rights Act de 1998, etc. (*A vs. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 2 W.L.R. 87, HL, & 8889).

(246) Corte IDH, caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sent. Serie°C/n.º 219, de fecha 24.11.2010, p. 5. Del voto razonado del juez *ad hoc* Roberto De Figueiredo Caldas.

(247) Corte IDH, caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Sent. Serie°C/n.º 90, de fecha 6.12.2001, p. 33.

Por cierto, al hacerlo se contribuye auspiciosamente con reivindicar la mayor influencia, en contrapunto con la desacreditada decisión mayoritaria, de la poderosa intuición presentada -desde antaño por la *dissenting opinion* del Associate Justice Robert H. Jackson en ocasión de sentenciar, hacia 1944, el afamado caso *Korematsu*.

*"(...) I should hold that a (...) court cannot be made to enforce an order which violates constitutional limitations (...) the courts can exercise only the judicial power, can apply only law, and must abide by the Constitution"*²⁴⁸.

Siendo así, se logra -en mucho un modo de potenciar un discurso moral y político más robusto para las provocaciones que, en nuestra vida en común, ha desatado la pujanza viral del SARS-CoV-2, a la par de mostrar con claror la utilidad de que los sujetos interpretativos operen no sólo con declaraciones de ideales convencionales, aun cuando luzcan encarnados en el cuerpo de reglas, sino más bien a través de su ajuste y calibre mediante la traducción en estándares viables para la específica decisión de cuestiones concretas²⁴⁹.

En suma, desde que más allá de los artificios de procedimiento los estados de excepción se comportan, observa Carl J. Friedrich, como la *prueba final del constitucionalismo*, demandando la presencia de un *pueblo alerta*²⁵⁰, también resulta lícito invitar a los *juristas* a reflexionar, con mayor atención, acerca del *estado de la comunidad en donde viven* (por lo menos, en aras de recordarles que no son sólo burócratas a quienes incumbe únicamente la responsabilidad de justificar el sistema que los rige)²⁵¹.

(248) Cfr. *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

(249) SAGER, Lawrence, G. "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms", *Harvard L. Rev.*, 91 (1978) 1227. Sobre la trascendencia de los estándares en el razonamiento jurídico, *vide in profundis* SCHAUER, Frederick; "The Convergence of Rules and Standards", *N.Z. L. Rev.* (2003) 303-328; *ib.*, "The Tyranny of Choice and the Rulification of Standards", *J. Contemp. Legal Issues*, 14 (1) (2005) 803; SUNSTEIN, Cass, R.; "Problems with Rules", *Cal. L. Rev.*, 83 (1995) 961; *et al.*

(250) FRIEDRICH, Carl, J. *Gobierno constitucional y democracia*, IEP, Madrid, 1975, t. 2, pp. 585-633.

(251) Cfr. AGAMBEN, Giorgio. "Estado de excepción y estado de emergencia" *ap. La epidemia como política*, AHE, Buenos Aires, 2020, p. 118.

LINEAMIENTOS DE LA METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA BASADA EN PRINCIPIOS*

GUIDELINES OF THE STRATEGIC ENVIRONMENTAL
ASSESSMENT METHODOLOGY
BASED ON PRINCIPLES

*Cristina del Campo***

Resumen: Este trabajo se enmarca en los resultados del proyecto de investigación (UNDEFi) cuyo objetivo fue diseñar una metodología de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que se desarrolle y sea aplicada en términos de objetivos ambientales y de desarrollo sustentable conforme a nuestro sistema jurídico institucional; aplicable a políticas públicas, planes y programas (PPP) de incidencia ambiental que involucren recursos ambientales estratégicos para la Defensa. Aquí se presenta una síntesis de los principales lineamientos de la EAE adaptada a nuestro sistema jurídico institucional, guiada por sus principios y enmarcada en el objetivo constitucional del desarrollo sustentable.

Palabras-clave: Evaluación Ambiental Estratégica - Principios - Metodología.

Abstract: This work is framed within the results of the research project (UNDEFi) whose objective was to design a methodology for Strategic Environmental Assessment (SEA) developed and applied in terms of environmental objectives and sustainable development in accordance with our institutional legal system; applicable to public policies, plans and programs (PPP) of environmental impact that involve strategic environmental resources for Defense. Here is a synthesis of the main SEA guidelines adapted to our institutional legal system, guided by its principles and framed in the constitutional goal of sustainable development.

Keywords: Strategic Environmental Assessment - Principles - Methodology.

* Trabajo recibido el 10 de febrero de 2022 y aprobado para su publicación el 17 de marzo del mismo año.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magister en Gestión Ambiental (UNC). Investigadora principal (UNDEF); miembro titular del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Docente de grado y postgrado (UNDEF; UNC; UCC; UNCa). Directora proyecto de investigación UNDEFi.

Sumario: I. Introducción. II. Modelos y Tipologías de EAE. III. Notas caracterizantes Generales/Comunes de la EAE. IV. Objetivos Comunes de la EAE. V. Lineamientos metodológicos EAE basada en Principios. VI. Componentes de la EAE: Eje Metodológico o Estructural y Eje Procedimental. A. Eje Estructural. B. Eje Procedimental. VII. Características de la EAE centrada en principios. VIII. Objetivos. IX. Los Principios. X. Principios específicos de la Metodología de EAE basada en principios. XI. Algunas Reflexiones. XII. Bibliografía.

I. Introducción

Este trabajo se enmarca en los resultados del proyecto de investigación (UNDEFi)¹ cuyo objetivo fue diseñar una metodología de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que se desarrolle y sea aplicada en términos de objetivos ambientales y de desarrollo sustentable conforme a nuestro sistema jurídico institucional; aplicable a políticas públicas, planes y programas (PPP) de incidencia ambiental que involucren recursos ambientales estratégicos. Aquí se presenta una síntesis de los principales lineamientos de la EAE adaptada a nuestro sistema jurídico institucional, guiada por principios y enmarcada en el objetivo meta constitucional del desarrollo sustentable.

El interés en la temática surgió a partir de la experiencia de los integrantes del equipo de investigación en materia de evaluación de impacto ambiental (EIA) y de notar que el instrumento no venía cumpliendo los fines para los cuales fue creado; no apareciendo como instrumento que al ser implementado fuera preventivo, e incluso no terminaba siendo ni participativo ni informativo y que -con el paso del tiempo-, se había convertido en un mero trámite que incluía instancias a modo de folios en un expediente, vaciado de finalidad de tutela ambiental en sus fines. La EIA, de notorio viene siendo un instrumento que no solo suma a la frustración de quienes participan en las temáticas ambientales sino que la forma -muchas veces trastocada y reinterpretada- no coincidía con los fines constitucionales ambientales. De allí, que al comenzar a utilizarse incipientemente este instrumento de la EAE en la Argentina -también de evaluación y preventivo- es que, en miras de nuestra experiencia en campo y académica nos avocamos a investigar sobre este instrumento y de hacer una propuesta para adaptarlo a nuestro sistema jurídico institucional a los fines que tuviera menos fisuras que permitieran convertirlo en un trámite mecanizado sin contenido de tutela ambiental y que realmente tuviera vocación de servir a la tutela ambiental en consonancia con los derechos ambientales reconocidos y de compromisos internacionales que nuestro país ha suscrito en la materia.

(1) En el este artículo se presenta una síntesis de los resultados finales de nuestros Proyectos de I+D: (UNDEFi) *Propuesta metodológica de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que integre principios y oriente a la Políticas, Planes y Programas (PPP) e involucren recursos naturales estratégicos para la Defensa y el Proyecto de ajustes metodológicos* (2017 - 2021).

Una de las iniciales preguntas fue: ¿En qué consiste la Evaluación Ambiental Estratégica? ¿Para qué es útil?, coincidiendo la mayor parte de los autores relevados en que la EAE es un instrumento de gestión pública ambiental que evalúa políticas, planes y programas (PPP) y su impacto sobre el ambiente; posibilita la prevención de efectos negativos derivados de las PPP sobre el ambiente, evaluando la incidencia sobre el mismo, y minimizando impactos. Actúa a nivel de decisión; trabaja con la interinstitucionalidad y anuncia los costos ambientales y políticos de una determinada PPP. La EAE actúa a nivel de decisión, permitiendo trabajar en alternativas que mejor coincidan con objetivos ambientales.

En este artículo se presentan los resultados finales de la primera etapa, si bien aparece como necesario hacer un breve relato de las instancias anteriores -de las que se citan las publicaciones- mediante las que se resumen (a fin de contextualizar) los resultados que aquí se presentan. La investigación partió de relevar material que contuviera metodologías EAE en general y modelos de EAE en particular. Para ello se diseñaron *criterios de selección* que se centraron en aquellos organismos que desarrollaran metodologías/ modelos a nivel internacional o regional más relevantes, en función de ser gran parte de este tipo de organismos de financiamiento que la implementan; se seleccionaron autores por ser los más relevantes desde el punto de vista de su producción científica, elaboración de guías, de metodologías, y en general, por ser representativos en la materia. Desde ese material se elaboraron las primeras plantillas, con *Aspectos* a relevar y conforme aparecieran la mayor cantidad de *aspectos* (criterios) base, estos se confirmaban en criterios que permitieron reconocer los modelos relevantes y sus respectivas metodologías. Las plantillas guiaron las bases de cada modelo al contener un *eje estructural* que permitió indicar que material contaba con un método y cuáles eran las características de cada uno. Los Aspectos elaborados fueron la primera línea de estructura hipotética para luego, conformarse en criterios al responder la mayor parte de los modelos relevados a los mismos en su conformación. Este material, su sistematización, análisis, etc. se constituyó en la base del trabajo -conjuntamente con la normativa internacional comparada-. En este documento, como ya se mencionara, se presentan los principales modelos, su sistematización en tipologías y las principales características (comunes a todos ellos) que permitieron determinar cuáles eran los componentes básicos de una EAE más allá del modelo del que se trate. Nuestro modelo, se constituyó -como resultado del proceso transitado mediante la investigación- en un *Modelo centrado en Principios*.

II. Modelos y Tipologías de EAE

Del mencionado relevamiento y posterior análisis surge que diversos autores elaboran diferentes *modalidades para clasificar las metodologías* de EAE; Facetti, por ejemplo (FACETTI:2013) clasifica las metodologías en: 1. *Modelo basado en EIA* donde las contribuciones de la evaluación se dan al final del proceso de planificación. El mismo es utilizado para la evaluación del impacto ambiental del proyecto (ha sido utilizado para la evaluación de megaproyectos por ejemplo de gasoductos, de corredores viales, etc.); 2. *Modelo basado en EIA -paralelo-* con limitadas contribuciones

durante la planificación. En estos dos casos las funciones de integración, iteración, y participativa consideradas como básicas por la IAIA1 para una EAE difícilmente puedan ser alcanzadas; 3. *Modelo integrado* de evaluación ambiental se vuelve parte de la formulación de políticas y planificación; 4. *Modelo Centrado en la Decisión* el planificador determina el proceso, la EAE determina el marco para la evaluación.

Para Gomez Villarino (GOMEZ VILLARINO: 2010, p. 46) existen cuatro grandes tipos de aproximaciones metodológicas: *Las basadas en los Estudios de Impacto Ambiental*, que consideran al PPP como si se tratase de un proyecto más amplio en los ámbitos espacial y temático y con un alcance menos detallado que los proyectos convencionales; *Las basadas en modelos de sostenibilidad* (de desarrollo sostenible) y en los criterios técnicos de sostenibilidad; *Las basadas en los modelos de ordenación territorial*; *Otras metodologías*: entre ellas las que aplican enfoques métodos y criterios de planificación, es decir, de los instrumentos de carácter estratégico o de los procesos de toma de decisiones que preceden a los proyectos en lo temporal y los enmarcan en lo temático y en lo espacial.

Por otra parte de los diferentes modelos -que surgieron de la sistematización del material relevado- pudieron reconocerse las principales *Tipologías de EAE*; agrupándose en grandes líneas en:

Tabla 1. Tipologías y Enfoques

<p><i>Tipologías de EAE</i> ¿Enfoque? -Centrado en el Impacto -Centrado en las instituciones -Orientación mixta</p>	<ul style="list-style-type: none"> - EAE basado en la EIA (NEPA); - EAE basado en controles - EAE basada en resultados - EAE basada en procesos (CEPAL) - EAE basada en <i>continuum</i> (OCDE) - EAE como instrumento - EAE como producto - EAE como procedimiento (BID) - EAE en base a EIA en paralelo (BM)
---	---

Elaboración propia.

Estas tipologías se clasifican en grandes enfoques de acuerdo a en qué se centran: *-Centrado en el Impacto*; *-Centrado en las instituciones*; y *-Orientación mixta*. Si bien puede señalarse que la metodología de EAE, en términos generales, se basa en un proceso no solo de impactos en los componentes ambientales, sino en el enfoque basado en las instituciones e innova en el procedimiento y lo centra en la función y la organización pública (en el nexo decisor de la política pública y en su desarrollo de la función administrativa) de trabajo dirigido en y hacia la institucionalidad.

III. Notas Caracterizantes Generales/Comunes de la EAE

Para establecer el marco común de este instrumento fue necesario detectar sus *notas caracterizantes*, (más allá del modelo del que se trate) las cuales surgieron del análisis y sistematización del material relevado sobre EAE en el que se reconoció una diversidad de *Modelos Metodológicos de EAE*, que nos permitieron agruparlos

conforme presentaran esencialmente características: *institucional; de planificación; de desarrollo sustentable; mixtas, por autor* y un ítem con el resto de los planteamientos que no se incluyeron en las otras clasificaciones. Este tipo de clasificación -en lo que se refiere a nuestro trabajo- nos permitió encontrar similitudes y particularidades de cada grupo de modelos (distintas tipologías) y aislar las características esenciales que cada grupo presentaba, sin importar la correspondencia a un modelo o metodología; (FACETTI: 2013, p. 250; OÑATE: 2002, p. 33; GOMEZ VILLARINO: 2010, p.46; PARTIDÁRIO: 2006; CARABUENA MENDOZA: 2017) lo cual nos permitió arribar a lo que son las bases comunes del instrumento, o *notas caracterizantes de la EAE* las que se resumen en el siguiente cuadro:

Tabla 2. Matriz Comparación/Notas Caracterizantes

Concordancias o notas esenciales	Notas mayoritariamente comunes	Diferencias - Notas particulares
A Nivel de Decisión Base Estratégica Base institucional Preventiva Participativa Sustentabilidad Adaptable Negociación	<ul style="list-style-type: none"> • Enfocada en el nivel de decisión. De incorporación de lo ambiental a la toma de decisiones • Base Estratégica Enfoque estratégico. • Institucionalidad Centrada en lo institucional. • Enfocada en evitar impactos. • Participativa en distintos niveles y ámbitos • Alineada a los ODS- Fomenta la sostenibilidad ambiental • Se adapta en territorio a esa finalidad y en el procedimiento • Enfocada al manejo de conflictos 	<ul style="list-style-type: none"> • Centrada en el entorno • De enfoque territorial • Modelo procedimental • Sistemática • De aplicación inclusiva (da más presencia a lo social que en anteriores) • Basada en los intereses del organismo • Enfoque sectorial • De bajo costo y rápida • Enfocada en alternativas • Se centra en objetivos a partir de características de la EAE • Integrada • Construye capacidad • Sectorizada

Elaboración propia

Cada *nota esencial* tipifica el instrumento, desplegándose en las *notas mayormente comunes* a la mayor parte de los diferentes modelos de EAE. Luego, el despliegue -a partir del modelo que se adopte- permitirá mayor o menor involucramiento de los objetivos de la EAE con el sistema jurídico institucional del que se trate como veremos más adelante.

IV. Objetivos Comunes de la EAE

Un componente esencial de un instrumento de política o gestión ambiental es el objetivo que lo justifica, hacia lo cual se dirige en sus fines. En tal sentido los objetivos son fines o metas que se proponen alcanzar mediante el instrumento. Tales

objetivos no aparecían como coincidentes en los diferentes modelos relevados, por lo cual, para llegar a un esquema base de los objetivos de los distintos modelos, fue necesario partir del resultado de las actividades anteriores. Por lo que, a los fines de jerarquizarlos, se superpusieron tablas y aislaron los objetivos de cada modelo; clasificándose inicialmente en *Objetivos Núcleo*, *Objetivos Principales* y *Objetivos Complementarios* conforme podemos ver en la tabla resumen:

Tabla 3. Objetivos núcleo, principales y complementarios

OBJETIVOS		
NUCLEO	PRINCIPALES	COMPLEMENTARIOS
Incorporar perspectiva estratégica en los procesos de toma de decisiones	<ul style="list-style-type: none"> • Asegurar que todas las operaciones y actividades sean ambientalmente sostenibles, conforme lo establecen los ODS y los PMA • Armonizar requerimientos del desarrollo social y económico con la preservación y la mejora del medio ambiente • Asegurar que los riesgos y oportunidades PPP hayan sido correctamente identificados; • Evaluar la capacidad institucional necesaria para implementar los lineamientos de gestión ambiental y social. • Generar información socio ambiental para la toma de decisiones y garantizar que se ha reunido la información ambiental adecuada y que se encuentra disponible para la toma de decisiones. • Salvaguardar la calidad ambiental de sus operaciones • Considerar alternativas estratégicas al principio de la toma de decisiones, antes de que se tomen decisiones de desarrollo irreversibles 	<ul style="list-style-type: none"> • Identificación de los indicadores para seguimiento • Aumentar la efectividad de la evaluación de impacto ambiental a nivel de proyecto • Formular recomendaciones fundamentales para influir en el apoyo a las iniciativas de desarrollo • Análisis costo/beneficio que internalice la variable ambiental. • Inventariar políticas, planes y programas
Integración de la EAE en la formulación de políticas		
Potenciar la generación de beneficios de desarrollo de largo plazo, a través de: resultados y metas de sostenibilidad ambiental		
Fortalecimiento de las capacidades de gestión ambiental		
Mejorar el manejo de los efectos ambientales acumulativos		
Incorporar la visión a largo plazo		
Propiciar resultados sostenibles		
Promover la participación de instituciones del Estado y la participación social: Participación horizontal intra institucional interorganizacional		
Lograr que instituciones estatales coordinen, colaboren		
Procurar decisiones de menor grado de conflictividad		

Elaboración propia

V. Lineamientos metodológicos EAE basada en Principios

Habiendo realizado esta tarea de base, nos avocamos a la construcción de los lineamientos metodológicos de una EAE basada en principios. Se optó por encauzar los lineamientos desde “principios” habida cuenta que estos se constituyen en guías que permiten interpretar y aplicar el instrumento sin desviarse de los objetivos que se han tenido en consideración para su diseño y que justifican su constitución como instrumento preventivo de gestión ambiental. Por otra parte tales principios -como se observara más adelante- encuentran su fundamento en la normativa ambiental de base (clausula ambiental; los presupuestos mínimos ambientales (PMA) y en el Código Civil y Comercial) y, en general, en los principios ambientales adoptados en nuestra normativa. A continuación presentamos una síntesis de estos lineamientos:

VI. Componentes de la EAE: Eje Metodológico o Estructural y Eje Procedimental

Los componentes se presentan como partes esenciales del modelo, y a su vez funcionan como procedimiento, guiando su desarrollo medular. La EAE del modelo basado en principios, se ordena en dos *Criterios Eje*. La conformación de ejes, importó estructurar el método en su base de referencia jurídico institucional. El Eje Metodológico o Estructural de la EAE está conformado por *el Enfoque; la Dimensión: los Objetivos de la EAE y los Principios; y el Eje Procedimental compuesto por: la Información, la Participación y el Informe*, fundamentalmente. Y si bien la participación y la información conforman el eje procedimental, aparece integrando el eje estructural como participación impropia en lo referido a la coordinación interinstitucional/ intraorganizacional.

Una vez fijados los componentes comunes de la EAE y basándonos en los resultados de la matriz referido a las tipologías y metodología; se fueron ajustando las principales características de la EAE y sus objetivos (también derivados de la meta matriz) en orden a viabilizar la observancia de los objetivos constitucionales ambientales; los PMA y los de Desarrollo Sostenible (DS) y a su vez re encuadrar cada uno en los que serían los ejes del modelo. Tales lineamientos debían adaptarse a los objetivos ambientales de base constitucional y a los fines mismos de la EAE sin perder las características esenciales, a fin de enfocar los objetivos de la EAE a los objetivos base citados (CN-PMA-ODS). En tal desarrollo los lineamientos fueron cada vez más, centrándose en principios; eran los principios los que aparecían guiando la metodología de EAE y los posibles pasos procedimentales (lo que implicaba que no se centraba en un mero procedimiento) siendo este parte del resultado del proceso que se llevó a cabo en la adaptación de este instrumento a nuestro sistema jurídico institucional. Ambos ejes nos permitían pautar instancias de la EAE y componentes núcleo que respondieran al objetivo tutelar del mismo; en tal línea el eje estructural centro los aspectos esenciales del modelo; y los procedimentales, aquellos que le daban la distinción como estratégico desde el abordaje pero además hacia la mo-

alidad de arribo a los resultados. En este trabajo (y por razones de extensión) se presenta solo el primer eje y una breve mención sobre el contenido del segundo eje.

A. Eje Estructural

Enfoque y Dimensión

Para definir la magnitud que tendrá la EAE en cuanto al ámbito en el que se desarrollare o se encuentre, comenzamos por determinar cuál es la *Dimensión* en la cual se comprende. Las principales dimensiones que se identificaron pueden agruparse en: *Ambiental; Ecológica; Biofísica; de Sostenibilidad; Económica; Social; Política: Institucional, de Gobernanza, Estratégica*. Se jerarquizaron conforme fuera su adaptación en mayor o menor medida a los objetivos y se contrastaron con los principios de DS, ODS y los PMA. De las distintas dimensiones, la *Ambiental* como la protección ambiental en términos de gestión de riesgos e impactos ambientales, aparece sistemáticamente y en forma transversal en la mayor parte de los modelos. En una primera instancia del análisis se observó que los componentes surgían alternativamente como dimensiones o componentes en los distintos casos analizados, pudiéndose observar que aparecía una base de apoyo multicriterio, donde el *Enfoque* era complejo ya que incluía más de un componente, llegando a coincidir *a priori* en la discusión de los talleres realizados, en que el *Enfoque era pluridimensional* y que la *Dimensión* era lo delimitable. A partir de lo cual el modelo se enroló en este tipo de enfoque; de base multicriterio en la decisión como parte de un proceso intra e interparticipativo ; colaborativo y de difusión en la información.

Para determinar la *Dimensión* se partió del concepto de “*Desarrollo Sustentable*” (DRNAS: 1998) *como uno de los principios guía del proyecto, concordando a su vez en que uno de los “Indicadores” de esta investigación es la vinculación de la EAE con el Desarrollo Sustentable (DS)*. Dicho concepto (AROCENA: 2009; GALLOPIN: 2003, 2006; CEPAL: 2006; SOTELO: 2012) se integra por los subsistemas económico, natural y social, al que se le agrega con posterioridad el de institucionalidad². Estos subsistemas han sido reconocidos por la Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas³, apareciendo la *institucionalidad* como nexo transversal en la pluridimensionalidad. Lo pluridimensional recepta las relaciones sociedad-naturaleza, en lo cual lo *institucional* se despliega en políticas, estructuras y en el sistema de

(2) “En los últimos años toma fuerza una cuarta dimensión, la *institucional*, debido a la relevancia e influencia que toman las políticas dictadas por los organismos de control (gobiernos locales, nacionales, organismos internacionales, etc.). El desarrollo de estos sistemas ha sido liderado por la Comisión de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas”. SOTELO A., *et al.* :2012: 615.

(3) V. UN. Informe Asamblea General. A/42/427 (1987) Recuperado de <https://undocs.org/es/A/42/427%20>

Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº25 (A/42/25).

reglas y normas formales e informales, donde el sistema regulatorio se caracteriza por imponer restricciones a comportamientos.

Este objetivo meta del DS es receptado en el artículo 41 de la Constitución Nacional (CN) y se despliega en los presupuestos mínimos ambientales (PMA), conformando ambos niveles la base de nuestro sistema jurídico ambiental. En el artículo 41 CN se establece: “*las autoridades proveerán a la protección*” de los derechos ambientales -de los recursos naturales, del patrimonio natural y cultural, la biodiversidad, etc.-. La institucionalidad ambiental involucra las competencias ambientales de los distintos niveles de gobierno como asimismo la capacidad de coordinación en el ámbito interno del Poder Ejecutivo. La *institucionalidad* es Gestión Ambiental como función prioritariamente pública (BRAÑES: 2000) donde la estructura institucional constituida aplica las normas a los fines del logro de los objetivos de política ambiental definidos. El Estado -en la expansión de sus funciones desde la institucionalidad del sistema político- motiva la toma de decisiones. Al decir de Martínez Nogueira: “Las instituciones son, en definitiva, política, pues distribuyen discrecionalidad y crean “espacios de decisión” (MARTÍNEZ NOGUEIRA; 2012). Para confirmar la pertinencia en la opción de la dimensión se estructuraron una serie de preguntas-guía (que dan lugar a posibles miradas) orientadas por la finalidad expuesta en el proyecto de investigación, para cuyas respuestas se utilizaron: (1) los resultados de la sistematización (tablas) de aquellos ítems recurrentes sobre las características, dificultades y oportunidades de las metodologías analizadas más coincidentes; (2) la experiencia y la notoria realidad de este instrumento en nuestro país, base precedente de la EAE; y (3) el interrogante (base condicionante de nuestra investigación). Se utilizaron los PMA y la regulación base en materia ambiental, lo cual ajustó la *dimensión a la institucionalidad*, ya que la EAE como herramienta de gestión ambiental, aplicada a PPP mayoritariamente (por no decir siempre) es aplicada a nivel institucional por parte del Estado, quien a su vez detenta las demás herramientas para su concreción.

En síntesis, se adopta para la propuesta metodológica el *enfoque pluridimensional* y la *Dimensión Institucional* -como primer *criterio*- esto es, acotado a PPP en instancias de decisión, se encauza a las actividades comunes relacionadas con el ambiente y la sustentabilidad, en la detección de riesgos e impactos negativos ambientales en la formulación de PPP y se adapta a nuestro sistema jurídico institucional, todo lo cual conforma parte de la responsabilidad ambiental que refuerza la misma institucionalidad en la que se desarrolla, mejorando la gobernanza.

Tabla 4. Componentes del modelo

Eje Estructural	-ENFOQUE -DIMENSIÓN -OBJETIVOS -PRINCIPIOS -Coordinación (participación impropia (intrainstitucional/Información (intrainstitucional)	INFORME I
Eje Procedimental	-INFORMACIÓN (comunitaria) -PARTICIPACIÓN (y comunitaria) -INFORME (controles-indicadores)	INFORME Final

B. Eje Procedimental¹⁴

El *Eje Procedimental* se despliega como un bloque del proceso que podríamos denominar, como “externo”, e incluye tres grandes instancias: la de *Información*; la de *Participación* y finalmente la del *Informe Final* o resultado de la EAE.

Las técnicas a utilizar en las dos primeras, no solo serán guiadas por las normas que regulan la materia sino además por el abanico de modalidades de información y de participación (en particular) que permitan ajustar el accionar de la gestión pública en relación a estos instrumentos de política y de gestión ambiental. El *Informe Final*, como resultado del conjunto de anteriores instancias, deberá reflejar las adecuaciones y readecuaciones que, como consecuencia del proceso de participación interna y externa en orden a los principios guía de la EAE, terminaran incidiendo en la original propuesta, ajustándola con bases estratégico ambientales.

VII. Características de la EAE Centrada en Principios

Del análisis y sistematización efectuados surgen las características del modelo de EAE centrado en principios. La división en características esenciales y en características generales de la EAE va señalando aquellos caracteres que más la tipifican en marco a nuestro sistema jurídico institucional:

(4) Por razones de economía en la extensión del artículo solo se presenta el eje estructural en este escrito; previendo en una publicación posterior presentar el segundo eje (procedimental).

Tabla 5. Características

Características esenciales	Características generales
<ul style="list-style-type: none"> • Visión proactiva • Visión sistémica • Orientado a futuros • Establece objetivos claros • Flexibilidad • Adaptativo (capacidad de adaptación) • Sistemático • Complejo • Interactivo y personalizado al contexto. • Integrado al proceso de toma de decisión • Estratégico (identifica iniciativas estratégicas, evalúa alternativas y formula una estrategia para avanzar) • Incluye Diversidad y pluralidad • Transparente en todo el proceso • Construye capacidad • Trabaja de modo focalizado 	<ul style="list-style-type: none"> • Metodológicamente flexible • Enfocado en los efectos acumulativos. • Múltiples niveles • Escala múltiple • Integrado con las estructuras existentes • Coordinado con la evaluación ambiental de proyectos • Considera a la Incertidumbre • Interdisciplinario • Enfocado en alternativas • Participativo (garantiza la participación temprana y continua de las partes interesadas relevantes) • Tiene capacidad de mantener el proceso • Tiene capacidad de Comunicación (difusión, dialogo integrador) • Multisectorial (diversidad de actores) • Costo-efectivo.

De su simple lectura, puede visualizarse (sintéticamente) no solo lo que caracteriza a este instrumento, sino además la dinámica estructural de aplicación. Por otra parte, algunas de estas características se reflejan en los principios EAE que son los que encauzan la implementación del mismo.

VIII. Objetivos

Los objetivos, como fines o metas que se propone alcanzar no están aislados -en nuestro caso- del marco jurídico institucional en el que se enmarcan: la meta constitucional del DS y los derechos ambientales. En este sentido, se constituyen -en un aspecto basal- en la aplicación del instrumento; permiten cumplir con las políticas trazadas y pautan el desarrollo de la metodología de EAE a los fines de ser aplicada. Los objetivos de la EAE son un referente, una meta; no el proceso, no el procedimiento. Recalcan la política pública que refleja el instrumento y como factor clave en el desarrollo e implementación del instrumento, facilitan el control en su aplicación y guían el proceso de verificación de la observancia de los principios cualquiera sea el procedimiento.

Los objetivos se alinean al cumplimiento de las bases jurídico institucionales ambientales; esto es, se enfocan en torno a la CN, PMA y CCC (Derecho al desarrollo sostenible; derecho al ambiente sano y equilibrado, derecho al patrimonio natural, derecho al patrimonio cultural, derecho a la información ambiental, derecho a la participación ambiental, -entre otros- y se ajustan a los principios ambientales de los

PMA. En resumen, los objetivos de la EAE se enmarcan en la tutela de los derechos de base ambiental.

IX. Los Principios

Los cimientos de lo ambiental en nuestro país giran en torno a derechos-deberes constitucionales que se conforman muchas veces en principios. Los principios han sido objeto de tratamiento por parte de doctrinarios y filósofos⁵, siendo considerados *valores superiores*, que en nuestro caso se incluyen en la normativa ambiental constitucional. Conceptualmente, los principios de la EAE son aquellas guías que permiten interpretar y aplicar el instrumento ambiental sin desviarse de los objetivos que se han tenido en consideración en su diseño; que justifican su constitución como instrumento preventivo de gestión ambiental y permiten encauzarlo, no permitiendo desvíos en los fines del mismo (tutela ambiental).

Los principales *principios generales* detectados fueron: *Principio preventivo; Principio de sustentabilidad ambiental; Principio de incertidumbre; Principio de integralidad e integración en la complejidad; Principio de adaptabilidad; Principio Estratégico; Principio de visión sistémico; Principio de intercambios compensados; Principio de objetividad de fines claros; Principio de Participación en el proceso; Principio de Información; Principio de transparencia; Principio de colaboración; Principio de transversalidad; Gobernanza Financiera; Principio de coordinación; Principio de revisión y seguimiento de procesos; Principio de interconexión (interconectada al proceso de decisión); Principio de Gobernanza ambiental (Transparencia SADELER rendición de cuentas, participación, democracia amplia); Capacitación-educación; Creación de capacidades; Principio de Inclusividad - Principio integrador (social) de inclusión; Principio de fortalecimiento de la sostenibilidad social en torno a objetivos y metas de desarrollo; Principio de interdisciplinariedad; Principio de Corresponsabilidad; Principio de Razonabilidad; Construcción de institucionalidad; Principio de legalidad⁶.*

El Principio constitutivo de la EAE: Principio Preventivo

De los principios que se despliegan constitucionalmente, en las leyes de PMA y en convenios ambientales internacionales que integran nuestro ordenamiento jurídico, se presenta el de *prevención* por considerarlo fundante del instrumento de EAE, que justifica su diseño e inclusión como instrumento de política ambiental, de tutela ambiental. Este principio ha sido desarrollado ampliamente por la doc-

(5) V. DRNAS: 2001; SOTELO: 2004; MEIER: 2003; COMANDUCCI: 1998; PAREJO 1991; ALEXY: 1988, -entre otros-.

(6) Puede consultarse sobre principios EAE según modelos en: LOBOS: 2015; BID: 2009; PARTIDÁRIO: 2012; CANADA: 2009.

trina⁷ y es receptado en múltiples tratados internacionales⁸ y en nuestra *Regulación de base*. Sus *principales atributos* (riesgo cierto, daño dudoso): *hechos ciertos, efectos ciertos: previsibilidad de efectos y de impactos, riesgo racional, actual, evidente y comprobado o demostrable, amenaza de daño cierto, consecuencias ciertas, gravedad; umbral de daño relevante (no cualquier impacto), procede sobre supuestos comprobados, es de aplicación ex ante* (DRNAS: 2001, p 83).

La CN fija el principio de prevención que garantiza derechos ambientales; como guía en la acción sobre el ambiente y como posibilitador del derecho al DS. “Lo preventivo” se asienta en la previsión del daño ambiental y en el amparo (artículo 43 CN) pero esencialmente en el deber de las autoridades de proveer a la protección de los derechos ambientales (artículo 41 CN). La ley de PMA definió al *daño ambiental* (en el artículo 27 *in fine*) tomando la prevención como pilar del derecho ambiental⁹; todo lo cual enmarca la EAE en un sistema jurídico que se desarrolla en lo preventivo (DEL CAMPO: 2017).

X. Principios específicos de la Metodología de EAE basada en principios

Para el diseño/adopción de los principios se seleccionaron aquellos que se correspondieran más ajustadamente a los objetivos de la Constitución Nacional (CN), los Presupuestos Mínimos Ambientales (PMA), los ODS, los Acuerdos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento interno, de allí que no necesiten mayor fundamentación y justificación como cimientos de la propuesta (si en cambio los principios se han diseñado especialmente para esta metodología de EAE).

En términos generales los principios serán considerados -a los fines de nuestro trabajo- como aquellos lineamientos que permiten, en la aplicación del instrumento de EAE, la no desviación de los objetivos constitutivos del mismo en orden a los derechos ambientales de base y que permitan ponderar intereses en relación a los impactos y objetivos en línea a objetivos de desarrollo sustentable. Estos principios permiten la corrección de la decisión mediante reglas básicas que consideran que, a mayor vulneración de un principio, deben observarse otros en mayor medida, o un conjunto de ellos.

Para esta selección se adoptaron algunos principios generales y otros específicos, sustanciales para esta metodología de EAE en directa relación con los objetivos del mismo y conforme a las características del instrumento; los que no

(7) V. *Cit. supra*.

(8) V. artículo 30 Resolución 3281 (XXVIII) de la AG NU Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

(9) Código Civil y Comercial (CCC). En el Título V. Capítulo 1 sobre Responsabilidad establece que las disposiciones aplicables a la prevención del daño y a su reparación. Deber de prevención del daño: Acción preventiva (artículo 1710 y ss.), Artículo 1710. Deber de prevención del daño: CCC Artículo 1711. Acción preventiva.

solo encauzan la aplicación de instrumento sino que aportan a la hora de acotar la discrecionalidad estructural de la gestión al momento de implementarlo. Estos principios son:

Tabla 6¹⁰. Principios EAE

PRINCIPIOS	
De Prevención	Entendido en su concepción receptada en la ley de PMA (25675) como objetivo a cumplir por la política ambiental nacional: "Artículo 2. g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales...". El principio es definido y receptado como norma. Art. 4: <i>Principio de prevención</i> : Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir". <i>Principio de responsabilidad</i> : El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan". <i>Principio de solidaridad</i> : La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos". (DEL CAMPO: 2017).
De Equidad	La equidad es entendida en su concepto más amplio, difundido y aceptado. Equidad por lo tanto tendrá relación no solo con derechos sino con los intereses que sustentan tales derechos; en el equilibrio entre derechos y entre beneficios y consecuencias. La Ley 25675 establece el " <i>Principio de equidad intergeneracional</i> : Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras". En el Anexo I Acta constitutiva del Consejo Federal de Medioambiente (COFEMA), entre los objetivos del COFEMA establece: "4. Promover la planificación del crecimiento y desarrollo económico con equidad social en armonía con el medio ambiente". La equidad encuentra directa relación con la justicia ambiental.
De Equilibrio territorial de beneficios	Este principio plantea una relación de equilibrio entre lo que se soporta (los cambios que un territorio puede soportar sin alterarse en forma relevante) y lo que lo beneficia desde la perspectiva de lo impactante; con un criterio de equidad entre el territorio que soporta y el territorio beneficiado. Considera la relación desde la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales. Evaluar PPP es capacidad de carga, de resiliencia del territorio, y de equilibrio entre impactos y beneficios.

(10) Se agrega esta tabla con una síntesis sobre el contenido de cada uno, sin específica mención de la relación -en cada principio- con la normativa de base; orientativo sobre el contenido de los principios. Si bien los mismos se despliegan pertinentemente en su contenido en la vinculación señalada en la tabla normativa.

<p>De Prioridad de intereses colectivos</p>	<p>La prioridad de los intereses colectivos se despliega ante la colisión de dos o más derechos cuando uno de ellos sea de incidencia colectiva, el otro deberá adaptarse a este último y se priorizarán los derechos de incidencia colectiva. Este principio encuentra sus bases en la CN art. 41 y cc, en los PMA y en el nuevo CCC en los art. 235, art.14 y art. 240 y cc. En la CN se encuentran los derechos de incidencia colectiva en general (art. 41 y art. 43) y conforme al art. 14 del CCC se reconocen los Derechos individuales y los Derechos de incidencia colectiva, especificando que “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. Imponiendo por su parte en el art. 240 CCC límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, estableciendo que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes públicos debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Y que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable (art. 241 CCC). Por su parte la ley de PMA establece en su capítulo sobre daño ambiental (ley 25675 art. 27 y ss.) las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva.</p>
<p>De Participación</p>	<p>La participación es la incluida en los PMA¹ y en las leyes ambientales de base. En esta línea es de resaltar el denominado Acuerdo de Escazú, que como acuerdo jurídicamente vinculante ofrece herramientas para mejorar la <i>formulación de políticas y la toma de decisiones</i>. Es un instrumento para prevenir conflictos, lograr que las decisiones se adopten de manera informada, participativa e inclusiva y mejorar la rendición de cuentas, la transparencia y la buena gobernanza (ratif. por ley 27566). Los “derechos de acceso” que incluye son a: la información ambiental, la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y a la justicia en asuntos ambientales. Además este acuerdo trata sobre Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales y el Fortalecimiento de capacidades y cooperación, entre otros aspectos.</p>

<p>De Información</p>	<p>Nuestro país reconoce este derecho a nivel constitucional (art. 41 CN). A su vez la Ley PMA sobre Información ambiental 25831 establece los PMA en la materia. Argentina además cuenta con una ley de <i>Derecho de Acceso a la Información Pública</i> (Ley 27275), cuyo objeto es “garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, y se funda en los principios de: presunción de publicidad; transparencia y máxima divulgación; informalismo; máximo acceso; apertura; disociación; no discriminación; máxima premura; control; responsabilidad; alcance limitado de las excepciones; facilitación; buena fe, etc. El principio de participación requiere el cumplimiento del objetivo de incorporar la perspectiva estratégica en los procesos de toma de decisiones, ya que esta incluye la necesidad de participación de múltiples actores, por ello es necesario promover la participación de instituciones del Estado y la participación social para que la multiplicidad de miradas y acciones articuladas aporten al fortalecimiento de las capacidades de gestión ambiental mediante la articulación de actores, además de procurar decisiones de menor grado de conflictividad. Para el cumplimiento del principio de participación es necesaria la información, por ello cobra importancia el principio de información, además de que su existencia es un insumo fundamental para las PPP y por ello es necesario generar información socio ambiental para la toma de decisiones y garantizar que se haya reunido la información ambiental adecuada y que se encuentra disponible para la toma de decisiones (en distintas jurisdicciones, instituciones, sectores o ciudadanía). Aporta al cumplimiento de objetivos de fortalecimiento de las capacidades de gestión ambiental, promueve la participación de instituciones del Estado y la participación social: participación horizontal intra institucional interorganizacional para lograr que instituciones estatales coordinen, colaboren en una EAE integrada al proceso de toma de decisión considerando estos principios, una EAE participativa, con acento en la comunicación: difusión, diálogo integrador, de carácter multisectorial (diversidad de actores) e interdisciplinaria y transparente en todo el proceso. Ello implica decisiones informadas, participativas y transparentes, para así propiciar resultados sostenibles.</p>
------------------------------	--

<p>De Transparencia pública</p>	<p>“El principio de transparencia pública se delimita como aquél que proporciona y difunde de manera clara, proactiva, accesible y constante la información que obra en poder de la administración y la relativa a su actuación y organización, bajo los principios de veracidad y objetividad, de forma que la ciudadanía pueda conocer sus decisiones, cómo se adoptan las mismas, cuáles son los objetivos perseguidos y la finalidad para la que se dictan; qué medidas se van a implementar, en su caso, para llevar a cabo lo decidido, cómo se organizan los servicios y quiénes son las personas responsables” (artículo 2 b Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón) V. LLOP RIBALTA: (2012). “Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en los Parlamentos”, <i>Cuadernos de la Fundación Giménez Abad</i>, n. 4 diciembre, pp. 66 y 67. El principio de transparencia pública implica claridad en el accionar referido a la PPP y al desarrollo de la EAE frente a los ciudadanos, lo cual conlleva a información clara, oportuna y cierta y participación en consonancia. Involucra la <i>publicidad</i>. Es un principio de raíz constitucional, derivado de la forma republicana de gobierno y de la publicidad de los actos del Estado.</p> <p>La ley sobre <i>Derecho al acceso a la información pública</i> tiene por objeto “garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, y se funda (artículo 1) en los siguientes principios: <i>Presunción de publicidad</i>: toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley. <i>Transparencia y máxima divulgación</i>: toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas (...); <i>Informalismo</i> (...); <i>Apertura</i>: la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros; <i>Disociación</i>: (...); <i>No discriminación</i>: (...); <i>Máxima premura</i>: (...); <i>Gratuidad</i>: (...); <i>Control</i>: el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente; <i>Responsabilidad</i>: el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan; <i>Alcance limitado de las excepciones</i> (...); <i>In dubio pro petitor</i>: (...); <i>Facilitación</i>: (...); <i>Buena fe</i>: (...). Se crea (artículo 29) el <i>Consejo Federal para la Transparencia</i> “como organismo interjurisdiccional de carácter permanente, que tendrá por objeto la cooperación técnica y la concertación de políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública”. La transparencia activa que esta ley promueve implica sujetos obligados que “deberán facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros”.</p>
--	--

<p>De Transversalidad institucional</p>	<p>La dirección política de la administración pública es la que habilita a las áreas transversales, como sistemas técnicos especializados y complejos a aportar en su inclusión un abordaje multidimensional del tema en cuestión (PPP) desde dimensiones que contribuyan a una visión de la realidad más cercana a lo gestionable y a propuestas de conjunto. “a) Concepto de transversalidad (...) es definido como “una manera de ver la realidad (...) aportando a la superación de la fragmentación de las áreas del conocimiento, (...) maneras de entender el mundo y las relaciones sociales en un contexto específico” (MAGENDZO: 2005). Los temas transversales ayudan a generar aprendizaje significativo podríamos definirlo en pocas palabras como “el aprendizaje que sirve para algo”, que tiene sentido en función de las circunstancias del individuo o grupo social” (SOLANO CORNEJO: 2007). La transversalidad es una forma de integrar (organizaciones/territorios) de encauzar a través de la coordinación interinstitucional e intersectorial. “La transversalidad es, al mismo tiempo, un concepto y un instrumento organizativo cuya función es aportar capacidad de actuación a las organizaciones en relación con algunos temas para los que la organización clásica resulta inadecuada. En este sentido, responde tanto a necesidades de diseño de la organización como a necesidades de gestión. La transversalidad intenta dar respuestas organizativas a la necesidad de incorporar temas, visiones, enfoques, problemas públicos, objetivos, etc., y a las tareas de la organización que no encajan en una sola de las estructuras organizativas verticales. Asimismo, intenta que esas estructuras verticales compartan sinérgicamente la consecución de un objetivo común, que no es específico de cada una de ellas” (SERRA: 2005: 3).</p>
<p>De Colaboración interjurisdiccional</p>	<p>Este principio informa sobre la necesidad de articular en el ámbito intrainstitucional e interinstitucional a través de un trabajo que incluye la <i>coordinación</i> como <i>pauta de comportamiento</i> en los órganos de la administración pública. Además importa cooperación; lo cual conlleva al trabajo colaborativo desde las distintas áreas de cada organización, en un proceso que requerirá de información compartida y de evaluaciones desde distintos sectores. Por lo cual los mecanismos de articulación y coordinación serán esenciales en la viabilidad del instrumento (“El grado en que una organización dada se acerca a la consecución plena de sus objetivos, tiende a variar en proporción directa con la coordinación de los esfuerzos individuales en el seno de dicha organización”. Guerrero Orozco cita a Stene en relacional <i>principio de coordinación</i>, quien lo enuncia como “una relación causal, es el primer axioma de una teoría relacional de la administración: “axioma I: El grado en que una organización dada se acerca a la consecución plena de sus objetivos, tiende a variar en proporción directa con la coordinación de los esfuerzos individuales en el seno de dicha organización” (GUERRERO OROZCO: 2009: 26).</p>
<p>De interdisciplinariedad</p>	<p>Este principio plantea el requisito básico de un abordaje multi e interdisciplinar de la PPP, en evaluación. Como perspectiva esencial que aporta cada área disciplinar en el análisis de cuestiones complejas.</p>
<p>De integridad</p>	<p>La evaluación debe ser sobre la integridad del sistema ambiental involucrado Evaluar la completitud de aspectos que se ven involucrados en las consecuencias del PPP en relación al ambiente; en distintas áreas (social, económica, natural). La integridad importa un análisis que requiere información de diferentes escalas espaciales y temporales sobre el estado y nivel de transformación, indagando en los procesos y sus relaciones.</p>

A continuación se presenta una tabla que expone la sistematización *principios-objetivos-características* de la EAE. Se aclara que se optó por agregar cuadros/tablas que resumen o sintetizan la información en este trabajo con la

intención de relacionar los principios guía del instrumento con la concreción de objetivos y las características que debe tener la EAE para alcanzarlos.

Tabla 7. Cuadro síntesis¹¹- Sistematización de Principios, Objetivos y Características

Objetivos (ref.) ³	Principios	Objetivos generales (núcleo)	La EAE deberá tener las características :
CN art. 41 Ley 25675 Art. 2 g), art. 4. Anexo art. 2 CCC Tít. V. Cap. 1	Preventivo	<ul style="list-style-type: none"> - Integrar la EAE en la formulación de políticas - Incorporar la perspectiva estratégica en los procesos de toma de decisiones - Desarrollo de largo plazo, a través de resultados y metas de sostenibilidad ambiental - Incorporar la visión a largo plazo - Mejorar el manejo de los efectos ambientales acumulativos - Propiciar resultados sostenibles 	<ul style="list-style-type: none"> - Orientado a futuros - Complejidad - Múltiples escalas - Establecer objetivos claros - Integrada al proceso de toma de decisión - Inclusión de diversidad y pluralidad - Transparente en todo el proceso - Participativa - Comunicación: difusión, diálogo integrador - Multisectorial: diversidad de actores
Ley 25675, art. 4 y Anexo: los objetivos del COFEMA CCC art. 1750	De Equidad	<ul style="list-style-type: none"> - Incorporar la visión a largo plazo - Mejorar el manejo de los efectos ambientales acumulativos 	<ul style="list-style-type: none"> - Costo-Efectiva - Integrada al proceso de toma de decisión - Estratégica - Objetivos - Complejidad - Escalas múltiples - Largo plazo, enfocado en los efectos acumulativos
	De Equilibrio Territorial de Beneficios	<ul style="list-style-type: none"> - Promover la participación de instituciones del estado y la participación - Procurar decisiones de menor grado de conflictividad 	
CCC art. 235, art. 14, art. 240, 241 y cc. CN art. 41 y cc. (art. 43)	De Prioridad de Intereses Colectivos	<ul style="list-style-type: none"> - Propiciar resultados sostenibles. - Potenciar la generación de beneficios de desarrollo de largo plazo, a través de resultados y metas de sostenibilidad ambiental 	

(11) Elaborada en base a matrices confeccionadas por Mg. María Beatriz Valencia integrante del equipo de investigación.

Ley 25675 Ley 27566 Ley 26331 art. 6	De Participación	- Incorporar la perspectiva estratégica en los procesos de toma de decisiones	- Integrada al proceso de toma de decisión - Participativa
CN Art. 41 Ley 25675 Ley 26.639 Ley 27566 Ley 25831 Ley 27275 Ley 26331	De Información	- Promover la participación de instituciones del Estado y la participación social - Lograr que instituciones estatales coordinen, colaboren - Fortalecimiento de las capacidades de gestión ambiental	- Comunicación: difusión, diálogo integrador, - Multisectorial (diversidad de actores) interdisciplinaria - Transparente en todo el proceso
Ley 27520 Ley 27275	De Transparencia Pública	- Procurar decisiones de menor grado de conflictividad. - Generar información socio ambiental para la toma de decisiones y garantizar que se ha reunido la información ambiental adecuada y que se encuentra disponible para la toma de decisiones	
	De Transversalidad Institucional	- Propiciar resultados sostenibles	
Ley 25688 Ley 26639	De Colaboración Interjurisdiccional		
	De Interdisciplinariedad⁴	- Incorporar la perspectiva estratégica en los procesos de toma de decisiones	- Estratégica (enfoque integral, sistémico) - Complejidad - Escala múltiple - Inclusión de diversidad y pluralidad, - Participativa, - Multisectorial - Interdisciplinaria
Ley 25688 Ley 25675 Ley 27520 art. 21	De Integralidad	- Mejorar el manejo de los efectos ambientales acumulativos	
Ley 25688 Ley 25675 Ley 27520 art. 21	De Integralidad	- Incorporar la visión a largo plazo - Promover la participación de instituciones del estado y la participación social: participación horizontal intra institucional interorganizacional - Lograr que instituciones estatales coordinen, colaboren - Armonizar requerimientos del desarrollo con la preservación del ambiente	

Elaboración propia

XI. Algunas Reflexiones¹²

La EAE como instrumento de política y de gestión ambiental es de base preventiva; orientado esencialmente a la tutela ambiental.

Al ser diseñada para ser aplicada a *nivel de decisión* presenta -en su estructura- el requisito de comenzar a desarrollarse en aquellas políticas, planes o programas que tengan o pudieran tener incidencia ambiental a nivel de toma de decisión. Diseñada para ser una evaluación que trabaja con los saberes y material que la misma organización detenta (no desde una oficina específica, no desde un despacho, ni siquiera de un departamento o secretaria sino desde la organización misma) trabajando con los saberes de su personal técnico, político institucional, en un *informar* (compartir información e integrarla) y en un *participar* (participación impropia) puertas adentro (en una primera instancia); que requiere del trabajo interdisciplinar, interorganizacional e interinstitucional (incluso interjurisdiccional de ser necesario) de forma constructiva, ya que la mirada de cada área específica pertinente, permite resultados sostenibles y aportes en la construcción de las alternativas.

Habiendo realizado la primera parte de la evaluación (Informe I), en la segunda parte se ocupa de la participación propiamente dicha, la de la gente, del habitante, que requiere de información oportuna, completa, cierta. Las instancias que se habiliten deberían importar una apertura a la co-construcción de ciudadanía consciente, colaborativa, reflexiva, productiva. Las nuevas vías de participación -más allá de los clásicos instrumentos como por ejemplo las audiencias públicas- que esperan ser abiertas, no deberían ser consideradas instancias de conflicto sino caminos para evitarlos. Habilitar una efectiva participación desde el empoderamiento ciudadano, poniendo en valor las iniciativas y cualquier actuación desde el involucramiento y por tanto desde la *participación ciudadana*, (acompañada de *información ambiental*) permite la construcción de ciudadanía ambiental; apareciendo la EAE como un canal para viabilizar ambas instancias, al integrar estos institutos (el de *información* y el de *participación*) como parte de sus componentes y conformando además parte del Eje *Procedimental*. Ambas instancias procedimentales (participación/información

(12) Del relevamiento y análisis del material de base se resaltan las siguientes conclusiones: “Uno de los principales desafíos consistió en la selección del material a analizar. Lo cual fue superado al comprobar que tanto los autores especializados, como los papers de investigaciones específicas y las guías metodológicas (al igual que los casos analizados en varios de esos trabajos) no se alejan de un mismo esquema genérico en la descripción del instrumento de EAE. De la diversidad de autores, puede señalarse que la EAE se encuentra en estadios de ensayo aun con el tiempo de desarrollo que tiene en los centros más avanzados -EEUU y la Comunidad Europea-. Del material que se analizó, se evidencia que la EAE puede ser tanto un Procedimiento, una Metodología o un Enfoque. Las diversas metodologías que se analizaron contienen aspectos que coinciden en lo que podríamos denominar un procedimiento base o común, aunque los enfoques difieren. La mayor parte del material relevado coincide en que la EAE debe contener pasos, pero que dichas instancias no pueden ser rígidas, ya que la EAE es considerada un proceso vivo que acompaña la Política, al Plan o al Programa en toda su vida y en los efectos posteriores a su conclusión (Del CAMPO: 2018).

impropia/principalmente interna a la institucionalidad y la participación propiamente dicha) se constituyen en centrales a los fines de arribar a análisis colaborativos fundados, desde la interdisciplina y desde diferentes áreas que permitan la mirada diversa y la conjunción de intereses (acordes a los principios).

Una *metodología basada en principios* implica una adaptación de los fines del instrumento a nuestro marco jurídico institucional, no como un mero listado de normas, sino asentada en sus propios principios. Una *EAE basada en principios* parte de incluir en su aplicación el actuar a nivel de decisión, así como modalidades de participación y de información más acordes con los fines de estos institutos; lo cual es el principal desafío y una de las primeras vallas en la implementación del mismo. Los objetivos de la *EAE basada en principios* están alineados a *derechos ambientales de base*. Los formalismos de instrumentos malogrados no deberían seguir pautando nuestro derecho al ambiente. Lo preventivo no puede seguir siendo desconocido por “el trámite”. El procedimiento debe dejar de servir de justificativo para no observar derechos ambientales. Esta metodología aspira a minimizar las vías de escape en la observancia de normas que sustentan derechos ambientales y, en consecuencia, lograr constituirse en una herramienta más eficaz en torno a objetivos de tutela ambiental. Es de esperar, que tenga mejor futuro que la hasta ahora notoriamente manipulada en sus fines EIA. Aunque para ello, probablemente, se requiera además un cambio en los valores y conductas, al menos si pretendemos llegar a buen fin con la protección de nuestra parte del planeta, pero esto ya excede la EAE. Por ahora podemos comenzar con el *capacitar* en manejo de las normas (no como meros listados) sino en sus *principios* y lo que ello implica en la normativa ambiental de PMA, en sus bases; confrontando acciones e impactos con derechos, principios y prescripciones de base constitucional, lo cual, podría ir siendo parte de un camino posible hacia el desarrollo sostenible.

XII. Bibliografía

ALEXY, R. “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA* 5, 1988, pp. 139, 151, 143.

AROCENA, F. “El desarrollo sustentable: ¿Oxímoron o solución?”, *Congress of the Latin American Studies Association*, Rio de Janeiro, Brazil June 11-14, 2009.

BID. *Guía para la Aplicación de la EAE como una Herramienta de Gestión en el BID*, Banco Interamericano de Desarrollo – BID, Documento Final, 30 de abril de 2009, 2009, p 26.

BRAÑES, R. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, CFE, México, 2000, p 117 y ss.

CANADIAN COUNCIL OF MINISTERS OF THE ENVIRONMENT. *Regional Strategic Environmental Assessment in Canada. Principles and Guidance*, 2009.

CARABUENA MENDOZA, S. “La Evaluación Ambiental Estratégica como Instrumento de Valoración Espacial. Análisis de su Implementación en Proyectos de Infraestructura Vial”, *Revista Geográfica Digital. IGUNNE*, Facultad de Humanidades, UNNE, Año 14, N° 28, Julio -Diciembre 2017, Resistencia, Chaco, 2017.

COMANDUCCI, P. "Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho", *DOXA 21-II*, 1998, pp. 82-104.

DEL CAMPO, C. "El Principio Preventivo en la causa Rozniatowsky vs Estado Nacional", Publicado en *Cuaderno de Derecho Ambiental N° IX; Los principios en derecho ambiental*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, IJ Editores, Córdoba, 2017.

DEL CAMPO, C. "La Participación Ciudadana en el Marco de los Derechos Humanos. Ciudadanía Ambiental", *Cuaderno de Derecho Ambiental N° X Derecho Ambiental y Derechos Humanos*. 2018, en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/cuaderno-de-derecho-ambiental>

DEL CAMPO, C. "Propuesta metodológica de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que integre principios y oriente a las Políticas, Planes y Programas que involucren recursos naturales estratégicos para la Defensa"; CRUC-IUA. UNDEF. Presentada en 1° encuentro de investigadores UNDEF 2018, CABA). 2018, en <https://rdu.iaa.edu.ar/handle/123456789/1666>

DEL CAMPO, C. "Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) Basada en Principios", *presentada en CLACSO en 8va Conferencia Latinoamericana y Caribeña de Ciencias Sociales. Primer Foro mundial del pensamiento crítico; CABA*, 23 de noviembre de 2018.

DEL CAMPO, C. "Los desafíos que plantea en la Argentina la participación interinstitucional y la participación comunitaria en el marco de la Evaluación Ambiental Estratégica", *Rumbo 20.30.*, España, CONAMA, 2018, 978-84-09-07670-3, 2019.

DEL CAMPO, C. "Evaluación Ambiental Estratégica. Notas caracterizantes", *Anuario de Investigaciones Jurídicas y Sociales, N°18*, Córdoba, 2020, pp.115 - 134.

DRNAS, Z. "Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano", *Jornadas de Derecho Internacional, Secretaría General de la OEA*, Washington, 2001, pp. 81-92.

DRNAS, Z. "Concepto y Elementos Jurídicos del Desarrollo Sostenible", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1998, pp. 163-175.

FACETTI, J. "Evaluación Ambiental Estratégica para Elaboración de Políticas, Planes y Programas. Comparación de Metodologías", *Manual Técnico para la Gestión del Saneamiento Ambiental*, Ed. I, v. II, Asunción, 2013.

GALLOPIN, G. *Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico*, CEPAL, Santiago de Chile, 2003.

GALLOPÍN, G. "Los Indicadores de Desarrollo Sostenible: Aspectos Conceptuales y Metodológicos", *Seminario de Expertos sobre Indicadores de Sostenibilidad en la Formulación y Seguimiento de Políticas*, FODEPAL, Santiago de Chile, 2006.

GUERRERO OROZCO, O. "La formulación de principios en la administración pública", *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales*, N° 49, Universidad Autónoma del Estado de México, 2009, p. 26.

GÓMEZ VILLARINO, M. *Evaluación Ambiental Estratégica: Desarrollo de un Modelo Metodológico para la Evaluación de la Sostenibilidad Ambiental en la Planificación Urbanística*, Tesis Doctoral, Universidad Politécnica de Madrid, Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos, Madrid, 2010.

IAIA. "Development strategy as laid down in Rio 1992 and defined in the specific policies or values of a country", *Special Publication, Series N°1, STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT*, January 2002.

JULIA, M. - DEL CAMPO, C. - FOA TORRES, J. *La Institucionalización Ambiental en la Argentina*, Lerner, Córdoba, 2009.

LOBOS, G. V. "La evaluación ambiental estratégica como instrumento de gestión ambiental: conceptos, evolución y práctica", Carmona L. et al., *La Constitución y los derechos ambientales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 179-180.

MARTÍNEZ NOGUEIRA, R. "La Institucionalidad y Gobernanza: ¿Nuevas Perspectivas para la Gestión Pública?", *Aportes Para el Estado y la Administración Gubernamental*, Año 18 - No 30 - diciembre 2012, pp. 53-68.

MATÍAS, G. "Los Indicadores del Desarrollo Sostenible", presentada en la *VI Reunión de Economía Mundial*; Badajoz-España, abril de 2004.

MEIER, H. *El Derecho Ambiental y el Nuevo Milenio*, Homero, Caracas, 2003, p. 161.

OÑATE, J.J. et al. *Evaluación Ambiental Estratégica: La evaluación ambiental de Políticas, Planes y Programas*, Mundi-Prensa, Madrid, 2002.

PARTIDÁRIO, M. *Guía de Mejores Prácticas para la Evaluación Ambiental Estratégica: Orientaciones metodológicas para un pensamiento estratégico*, EAE APA, Lisboa, 2012, p. 44.

PARTIDÁRIO M. "Metodología de base estratégica para AAE - una Propuesta", *Proceedings of the National Conference on Impact Assessment* (Ponencias de la Conferencia Nacional para la Evaluación de Impactos), APAL, 2006, pp. 18-20.

PAREJO ALFONSO, L. "Constitución y Valores del Ordenamiento", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Tomo 1, CIVITAS, Madrid, 1991, p. 124.

SERRA, A. "La gestión transversal. Expectativas y resultados", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Nº 32, junio, pp. 1-17, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo Caracas, Venezuela, 2005, p. 3, en <http://www.redalyc.org/pdf/3575/357533664002.pdf>

SOLANO CORNEJO, D. "¿Cómo enfrentar los desafíos de la transversalidad y de la intersectorialidad en la gestión pública?", *La transversalidad y transectorialidad en el sector público XX Concurso del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública*, Caracas, 2007, p. 1, en <http://siare.clad.org/fulltext/0056804.pdf>

SOTELO, J. et al (2012), "Indicadores por y para el desarrollo sostenible, un estudio de caso", *Estudios Geográficos*, 72, 2004, pp. 611-654.

LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DE LA MEDIACIÓN EN LA LEY 10543 Y EN LA NORMATIVA DICTADA DURANTE LA PANDEMIA*

PRINCIPLES AND GUARANTEES IN MEDIATION ACT 10543 AND IN REGULATIONS ISSUED DURING THE PANDEMIC

*Manuel Campodónico***

Resumen: El presente trabajo analiza en profundidad los principios y garantías contenidos en la ley provincial de mediación 10543 (Córdoba, 2018) a partir de los aportes teóricos de distintos autores, identificando tanto aquellos que fueron introducidos por la nueva normativa como aquellos que ya estaban presentes en la anterior ley 8858. Además, hace una revisión de la nueva normativa dictada a partir de la pandemia Covid-19, que implementa protocolos de actuación en la virtualidad tanto para los Centros Judiciales de Mediación (Acuerdos reglamentarios 1625 y 1643 del Tribunal Superior de Justicia) como para centros públicos y privados (Resoluciones 02/20 y 03/20 de la Secretaría de Justicia), indagando sobre sus impactos sobre los principios previamente relacionados.

Palabras-clave: Mediación - Mediación virtual - Principios.

Abstract: This paper deeply analyzes the principles and guarantees contained in mediation act 10543 (Córdoba, 2018) from theoretical contributions of different authors, identifying those introduced by the new legislation as well as those that were already present in the former act 8858. Furthermore, it looks through the new regulations issued after the Covid-19 pandemic that put online mediation protocols into effect, for both Judicial Mediation Centers (Regulatory Agreements 1625 and 1643, Superior Court of Justice) as well as for other public and private centers (Resolutions 02/20 and 03/20, Secretary of Justice), inquiring about its impacts over the formerly related principles.

Keywords: Mediation - Online mediation - Principles.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2022 y aprobado para su publicación el 6 de abril del mismo año.

** Abogado, Mediador y Profesor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Mediación por la Universidad Complutense de Madrid. Docente investigador UNC y Universidad Nacional de Villa María (UNVM), categorizado CONEAU V. Maestrando en Estudios Latinoamericanos (UNVM). E-mail: manuel.campodonico@unc.edu.ar

Sumario: I. Introducción. II. Los principios jurídicos. III. Los principios y garantías contenidos en la ley provincial de mediación N° 10543. IV Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

El 1° de junio de 2018 la Legislatura de la Provincia de Córdoba sancionó la nueva ley de mediación N° 10543¹, modificatoria de la ley N° 8858, cuya principal innovación fue establecer la Mediación Prejudicial Obligatoria en toda su jurisdicción². Ello quiere decir que -salvo algunas excepciones- antes de iniciar la presentación de una demanda ante los tribunales es necesario pasar por la instancia de mediación.

La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, las ayuda a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa y a tener una visión productiva del conflicto (Highton y Álvarez, 1996).

El artículo 3° de la ley enumera una serie de siete principios que el proceso de mediación debe garantizar. Los principios señalan aquellas conductas que se consideran valiosas y que, por tanto, deben ser realizadas. En consecuencia, si los principios ofrecen indicaciones acerca de cuál debe ser el comportamiento adecuado, constituyen un tipo de normas, ya que éstas siempre orientan la acción prescribiendo o prohibiendo algo (Castro Cid & Martínez Morán, 2012).

El presente trabajo explora y analiza en profundidad los principios y garantías contenidos en la ley de mediación N° 10543 a partir de los aportes de distintos autores, identificando tanto aquellos que fueron introducidos por la nueva normativa como aquellos que ya estaban presentes en la legislación anterior.

Asimismo, se revisa la nueva normativa dictada durante el año 2020 que instrumentó protocolos de actuación en la virtualidad a partir de la pandemia por Covid-19 y las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuestas a nivel nacional. Si bien la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación ya estaba prevista en el artículo 20 de la ley, es con esta nueva legislación que se organiza el proceso.

En el caso de los Centros Judiciales de Mediación la implementación se dio a través del Acuerdo Reglamentario N° 1625 y su ampliatorio 1643 dictados por el Tribunal Superior de Justicia; mientras que las Resoluciones N° 02/20 y 03/20 de

(1) Publicada en el Boletín Oficial el 06/06/2018.

(2) Con implementación progresiva conforme el artículo 80, comenzando a regir en las ciudades de Córdoba y Río Cuarto a partir de noviembre de 2018.

la Secretaría de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia, implementaron protocolos de actuación en la virtualidad para centros públicos y privados.

II. Los principios jurídicos

Conceptualizar “principio” siempre ha presentado un grado de dificultad considerable. Parte del problema es que el concepto ha estado involucrado con muchas entidades: la historia, el tiempo, la razón, el espacio, el poder, algún objetivo, la axiología, la ontología, la ciencia, etc., motivo por el cual ha presentado muchos y variados predicados (Islas Montes, 2011:398).

Desde un punto de vista procesal, los principios son “las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal” (Palacio, 1998: 92). Los legisladores los utilizan como base para legislar los institutos procesales; actúan como ejes ordenadores en las sistematizaciones y comparaciones de las distintas legislaciones procesales; y constituyen herramientas válidas para interpretar los ordenamientos procesales.

A los fines de este trabajo entenderemos por principios a aquellas normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos (Lorenzetti, 2015: 38). Son guías para el razonamiento legal y, en su aplicación, se busca el nivel óptimo mediante un juicio de ponderación, es decir, estableciendo el peso de cada uno y aplicando el mayor en el caso concreto.

III. Los principios y garantías contenidos en la ley provincial de mediación N° 10543

A continuación procederemos al análisis de los principios enumerados en el artículo 3° de la ley de mediación N° 10543 ya que, en la mayoría de los casos, si bien la ley los enuncia, no explicita su contenido. Ellos son: 1) Imparcialidad; 2) Confidencialidad; 3) Comunicación directa entre las partes; 4) Satisfactoria composición de intereses; 5) Consentimiento informado; 6) Celeridad del trámite y 7) Libre disponibilidad para concluir el proceso una vez iniciado.

En cada caso, se hará un examen en profundidad tanto a partir del texto legal base, como de los aportes teóricos de distintos autores. En adición, se problematizará sobre qué impacto tienen sobre los principios los nuevos protocolos de actuación en la virtualidad implementados durante la pandemia.

1) *Imparcialidad*

La ley 10543 introduce el principio de “imparcialidad” y abandona el de “neutralidad” que consagraba la anterior 8858. Sin embargo, no explicita su contenido

como sí lo hacen otras legislaciones. Por ejemplo, la “Ley española de Mediación en Asuntos civiles y mercantiles” (ley Nº 5/2012), en su artículo 7 reza:

Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores: En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Munuera Gómez y Garrido Soler conceptualizan a la neutralidad, en el marco de las intervenciones narrativas, como un “mito” al cual debe cuestionársele su eficacia real (2015: 31). Señalan que la congruencia en la intervención del mediador pide dejar de luchar por conseguir la neutralidad personal, para dar paso, en su lugar, a una capacidad para crear un espacio imparcial y equidistante de las partes que acuden a mediación. Así, aseguran que la neutralidad es una idealización y proponen que debe dejar de ser considerada un principio de la mediación.

García Villaluenga (2010) distingue el término “imparcialidad” para referirse a la obligación del mediador de garantizar el equilibrio de las partes y su derecho fundamental de igualdad a lo largo de todo el proceso; mientras que se reserva el término “neutralidad” para referirse a la esencia de la mediación como sistema autocompositivo para resolver conflictos, a la capacidad de las personas para gestionar sus disputas y a su autonomía para llegar a acuerdos. Se trata no sólo de que el mediador cumpla con tal principio, sino también de que así se perciba por los mediados.

La esencia del principio de imparcialidad es preservar la igualdad de las partes en la negociación, para lo cual resulta fundamental garantizar el equilibrio de poder en el proceso. A ello ayudará sin duda su continua legitimación, siendo importante que los sujetos que asisten a una mediación tengan la percepción de que el mediador considera legítimas sus posiciones y las necesidades que se plantean y que, por lo tanto, sus intereses son respetados y sus planteamientos entendidos, sin preferir a uno sobre el otro. Ello no ha de implicar en ningún caso que se les dé la razón ni que se consideren unas necesidades más dignas de protección que otras. La prueba final de que este principio se está cumpliendo es que ambas partes se sientan respetadas y acogidas por el mediador en sus intereses y lo acepten, renovadamente, como facilitador de su proceso de resolución del conflicto.

En relación a este tema, Suares (1996) afirma que se ha generado una oposición “*neutralidad-involucración*”. Señala que tradicionalmente esa oposición reconoce incluso una jerarquía, donde mientras el primer término ocupa el lugar superior -o sea que ubica lo positivo, lo esperable, lo valioso-, la involucración remite a lo negativo, lo devaluado, lo discriminado.

La autora propone “*desidentificar*” dicha oposición (en los términos propuestos por Jaques Derrida) para ver cuáles son los conceptos en los que la teoría se apoya.

Para ello relaciona el término “neutralidad” con otros como “involucración”, “imparcialidad”, “equidistancia”, “equidad” y efectúa un análisis de la neutralidad como medio y como fin. Luego, en ese proceso de deconstrucción, invierte la jerarquía tradicional de la oposición, otorgando a la involucración el lugar positivo, valorado, en tanto el lugar de la neutralidad quedaría como el lugar negativo, devaluado.

Suares trae a colación un trabajo de Sara Cobb (1991), en donde se postula que la neutralidad ha sido tradicionalmente entendida incorporando dos cualidades que el mediador debe ser capaz de emplear: imparcialidad y equidistancia.

En relación a la primera cualidad, afirma que la mayoría de los mediadores equiparan neutralidad con imparcialidad, la que explican como la habilidad para interactuar en ausencia de sentimientos, valores o protagonismo de ellos mismos. En otras palabras, el mediador debe mantener el caso sin favorecer ni sostener a una parte.

Aclara que con este concepto se quiere expresar que el mediador no debe colocarse a favor o en contra de alguna de las partes. Para poder tomar esta postura imparcial, sería necesario que el mediador deje de lado sus propios prejuicios, valores, creencias, etcétera, que podrían llevarlo a “tomar partido” por alguna de las partes.

Sostiene la autora que esta “creencia” en la posibilidad de que los mediadores (o cualquiera otra persona) puedan dejar de lado sus prejuicios, valores, creencias, etc., parecería ignorar los aportes más elementales del psicoanálisis de la década del ‘20 en cuanto a motivaciones inconscientes, así como a los aportes realizados por Bateson y Margaret Mead en la década del ‘40 en cuanto a las formaciones de creencias como “subproductos de aprendizajes”.

Desde esta perspectiva, para ser imparcial uno tendría que dejar de ser humano, entendiendo así a la imparcialidad sólo como una abstracción, y no como algo que sucede o que pueda suceder en el transcurso de un procedimiento de mediación.

La segunda cualidad, la equidistancia, identifica la habilidad del mediador para asistir a los disputantes para expresar su “lado” en el caso. La autora afirma entender por equidistancia “estar a igual distancia”, o sea no acercarse más a uno que a otro, no tener diferentes “distancias” con las partes, es decir, no realizar alianzas.

Dentro del contexto de la mediación, se ha entendido que una forma de mantenerse equidistante es otorgar las mismas posibilidades a las dos partes, y se podrá medir la equidistancia del mediador computando si éste utiliza, por ejemplo: el mismo tiempo para que hable uno y luego el otro, el mismo tiempo en las reuniones privadas, la misma proximidad física, la misma forma de mirar, el mismo lenguaje, etc.

Con fundamentos similares, Diez y Tapia (1999) afirman que los mediadores también tienen su sistema de percepciones en el que operan sus propias convicciones y valores personales. Sostienen que es imposible ser neutral, no sólo porque uno como mediador tiene sus propios valores y experiencias que es difícil dejar

afuera, sino porque al entrar en interacción con las partes en la mediación, ya, en ese mismo momento, entra dentro de su sistema de percepciones. Y sólo por eso, ya es absolutamente imposible no influir en ellas.

Los autores señalan que los mediadores han sido entrenados como “terceros neutrales”. Explican que si bien la palabra más indicada no es neutralidad (ya que no existe duda en el sentido de que la gente no puede desprenderse de sus valores, creencias, prejuicios, marcos de referencia, etc.) sino imparcialidad, la idea que subyace es que no se puede tomar partido por ninguna de las partes que intervienen en la mediación.

No obstante, perciben que, más que a una persona imparcial, la gente quiere a alguien que le dé la razón. Señalan que, si bien esa no es la idea, ya que los mediadores no son jueces para decir si la gente tiene o no razón, sí es cierto que la función de la imparcialidad -no tomar partido por nadie- podría pensarse como “*multipartialidad*”, es decir, tomar partido por todos.

Di Pietro (2011: 163-172) sostiene que la condición de imparcial es para el mediador el instrumento que le permite acceder a la confianza y seguridad de los oponentes y le permite cumplir con su misión intentando que dejen de ser contrarios, neutralizando las posiciones rígidas y/o exclusivamente emocionales. Se muestra contraria a la “doctrina de la imparcialidad”, afirmando su coincidencia y participación con la concepción de Sara Cobb respecto a la “multipartialidad”.

Ahora, ¿cómo hace el mediador para aclarar sobre su imparcialidad? Si bien la neutralidad absoluta no existe, pues todos estamos inmersos en un mundo donde hemos vivido, hemos tomado posiciones y hemos tenido experiencias respecto de diversas situaciones, la postura y el lenguaje del mediador deben reflejar imparcialidad: no sólo hay que ser imparcial, sino que hay que parecerlo (Highton y Álvarez, 1996).

En consecuencia, el mediador debe actuar con mucha cautela y cuidar sus gestos y lenguaje, para no provocar situaciones adversas, especialmente frases o declaraciones tales que puedan ser interpretadas como las partes como que ya tiene un juicio formado respecto del conflicto. Ejemplo: ser cuidadoso con los meneos de cabeza, mirar equilibradamente a los ojos a todas las partes y no hablarle a una sola, asegurarse que nadie se sienta que “se queda afuera”.

Es procedente que el mediador haga ciertas aclaraciones a efectos de poner a la vista, frente a los interesados, la imparcialidad que lo guía en el caso y que asiente suficientes credenciales como para inspirar la adecuada confianza. Cualquier esfuerzo en este aspecto no constituirá gasto innecesario de energía ya que contribuirá a la generación de confianza. Puede explicitar que no ha conocido antes a ninguno de los presentes, o que no ha hablado con ninguno sobre las cuestiones a resolver. Si conoce a alguna de las personas, no debe ocultar sino revelar tal información, sea

para que otra persona pueda servir de mediador, sea para que las partes conozcan el hecho a fin de considerarlo.

Reiteramos que no existe una asepsia y neutralidad absoluta, pues el mediador tiene su propia personalidad que le provocará reacciones tanto positivas como negativas frente a las partes. No obstante, es de suma importancia para la eficacia de la mediación que las partes mantengan confianza en que el mediador tiene habilidad suficiente para comportarse con imparcialidad o para asegurarles un espacio neutral.

De la lectura y análisis del articulado de la ley 10543 encontramos otros preceptos que hacen a la imparcialidad del mediador, a saber:

- El artículo 10, al prever que la elección de los mediadores sea realizada, en principio, por sorteo público.
- El artículo 33, que plantea al mediador la obligación de excusarse por las causales previstas para los jueces por el Código de Procedimiento Civil y Comercial.
- El artículo 34, que permite a las partes recusar al mediador sin expresión de causa por una sola vez.
- El artículo 58, que prohíbe desempeñarse como mediador a quien haya tenido vinculación por asesoramiento o patrocinio con cualquiera de las partes intervinientes en el proceso de mediación durante el lapso de cinco años anteriores a su inicio. Agrega que, cualquiera sea el resultado de la mediación, los mediadores no pueden patrocinar o representar a ninguna de las partes en cuestiones relacionadas al objeto de la mediación realizada durante el lapso de dos años desde que concluyó el proceso, siendo la prohibición absoluta si la eventual actuación profesional se refiere a la misma causa en que haya intervenido como mediador.

Entendemos que los protocolos de actuación en la virtualidad no tienen un impacto directo sobre este principio, debiendo el mediador conducirse con imparcialidad en una reunión virtual de la misma manera que lo hace en una reunión presencial.

2) *Confidencialidad*

La confidencialidad es el único principio al que se le ha dedicado un artículo específico:

Confidencialidad.

Artículo 4°.- El proceso de mediación tiene carácter confidencial. Las partes, sus abogados, los terceros intervinientes, los mediadores, los demás profesionales, expertos y todo aquel que intervoenga en la mediación tienen el deber de confidencialidad, el que debe ratificarse en la primera reunión mediante la suscripción del compromiso.

Los participantes mencionados precedentemente quedan relevados del deber de confidencialidad en los siguientes casos:

- 1) *Por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron, y*
- 2) *Para evitar la comisión de un delito o, si éste se está cometiendo, impedir que continúe.*

El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo y los supuestos de excepción surgir de manera evidente.

No deben dejarse constancias ni registro alguno de los dichos y opiniones de las partes, ni pueden éstos ser incorporados como prueba en un proceso judicial posterior. En ningún caso las partes, los mediadores, los abogados, los demás profesionales, expertos y todo aquel que haya intervenido en un proceso de mediación pueden absolver posiciones ni prestar declaración testimonial sobre lo expresado en dicha mediación.

La confidencialidad es un principio esencial de la mediación que permite generar el espacio de confianza necesario para que las partes definan sus intereses y puedan, en su caso, llegar a acuerdos (García Villaluenga, 2006). Como consecuencia del principio los mediadores no deben ser citados como testigos y, en caso de que lo fueren, deben abstenerse de declarar tanto sobre el asunto mediado como acerca de los participantes y asistentes, pudiendo invocar incluso el secreto profesional (Di Pietro, 2011).

El principio tiene como destinatarios tanto al mediador como a todas las personas que pudieran participar en la administración del procedimiento (incluidos, por ejemplo, observadores).

La explicación de la regla de la confidencialidad es definitoria para la mediación, siendo importante que las partes confíen en la habilidad del mediador para mantener absoluta reserva sobre todo lo dicho durante las audiencias (Highton y Álvarez, 1996).

La confidencialidad se aplica también a las reuniones privadas que el mediador haya tenido con cada parte ya que, si ellas no lo autorizan, éste debe reservar lo escuchado en esa instancia. El mediador tiene impedido trasladar lo escuchado a las otras partes, salvo autorización del transmisor de la información. Así, cuando el mediador considere necesario usar datos obtenidos en estas reuniones, deberá consultar expresamente si está habilitado para ello.

Señala García Villaluenga (2006) que la trascendencia de este principio en la configuración de la propia institución mediadora ha sido reconocida ampliamente desde los inicios de la mediación moderna, teniendo un amplio refrendo en la legislación europea dictada en mediación³ e incluso en las leyes de mediación dictadas

(3) Por ejemplo, Bélgica y Austria.

por las comunidades autónomas españolas⁴. Asimismo, goza de gran predicamento en instrumentos internacionales, especialmente en la directiva 52/2008 del Consejo Europeo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Así, la confidencialidad se ha considerado como “la condición *sine qua non* para el buen funcionamiento de las ADR⁵, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento” (ap. 78 al 82 del “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil” Comisión Europea).

La ley 10543 introduce un cambio respecto a la legislación anterior, ya que dispone que los participantes quedan relevados del deber de confidencialidad por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron y para evitar la comisión de un delito o, si éste se estuviera cometiendo, para impedir que continúe. Recordemos que la reglamentación de la ley 8858 solamente exceptuaba del deber de confidencialidad en aquellos casos en los que se tomara conocimiento de hechos de violencia contra un menor, o se hubieran conocido violaciones a las disposiciones de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Así, el deber de confidencialidad no es absoluto sino que cesa cuando entran a jugar otros principios: la voluntariedad de las partes, es decir un acuerdo expreso de éstas para exceptuarse de la misma, y la no afectación del orden público, en cuanto del devenir del proceso surja la posible comisión de un delito (Saad, 2016)⁶.

La reglamentación del artículo 4 de la ley 10543 detalla el contenido del compromiso de confidencialidad, que deberá contener: 1) el nombre y el apellido de las partes, la fecha en que se presentó el formulario de solicitud, la fecha de inicio del proceso de mediación, el Centro donde se desarrolla y el número de caso; 2) la fecha de suscripción del compromiso; 3) la expresión clara y precisa de que nada de lo dicho, conocido, ocurrido u obtenido por medio de la documentación aportada en el ámbito de la mediación, deberá ser revelado, excepto casos en que se hubiere transgredido lo dispuesto por la legislación que resulta de aplicación referida a la

(4) Según la autora, por todas. Cita a la ley catalana N° 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado que, al regular los principios de la mediación, en el artículo 7 recoge la confidencialidad, con el mandato para todas las personas que intervienen en el procedimiento de mediación de no revelar las informaciones que conozcan a consecuencia del mismo. Contempla, asimismo, la obligación de las partes en un proceso de mediación de no solicitar en juicio ni similares la declaración del mediador como perito o testigo de una de las partes, sin perjuicio de lo establecido por la legislación penal y procesal. Asimismo, las actas que se elaboren a lo largo del procedimiento de mediación tienen carácter reservado. Como excepciones se contemplan la información obtenida en el curso de la mediación que no esté personalizada y se utilice para finalidades de formación o investigación, o cuando exista una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

(5) *Alternative Dispute Resolution*, siglas en inglés para Resolución Alternativa de Disputas.

(6) Así la autora muestra cómo un principio de los que evaluó como núcleo orientador de las acciones del proceso limita su alcance al ser puesto en juego con otros de diferente intensidad cuantitativa, pero relacionados con el sistema mayor.

protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; 4) la firma, aclaración y número de documento de identidad de todos los intervinientes en el proceso de mediación. Debe indicarse, además, el carácter en el que participan. Dispone que deben confeccionarse tantas copias como participantes haya en el procedimiento de mediación y entregarse copia autorizada a cada uno de ellos. Además, si en reuniones posteriores a la primera se decidiera la convocatoria a expertos, terceros u otros participantes, éstos deben suscribir el compromiso de confidencialidad antes del comienzo de la primera reunión a la que asistan.

Si alguno de los participantes se negara a firmar el compromiso de confidencialidad, los mediadores intervinientes deben dejar constancia de la negativa, sin que tal circunstancia exima de la obligación al renuente. Además, si alguna de las partes viola el deber de confidencialidad, la afectada puede solicitar la conclusión de la mediación, en cuyo caso es a cargo del infractor el pago de los honorarios y demás gastos que eventualmente se generen.

Existe la errónea creencia de que debe hacerse un relato de lo sucedido en las audiencias, a modo de acta o exposición, respecto a los registros que quedan del proceso de mediación. Sin embargo, el artículo 21 de la ley cordobesa es muy claro al disponer que de todas las audiencias sólo se dejará constancia respecto a su realización, fecha, hora, lugar, personas presentes y fecha de la próxima reunión. En consonancia con lo dicho, si el mediador tomó notas durante el transcurso del proceso a modo de ayuda memoria, deberá destruirlas al finalizarlo, pudiendo incluso hacerlo delante de las partes.

El protocolo de actuación en la virtualidad para Centros Judiciales de Mediación aprobado por Acuerdo Reglamentario 1625, prevé en su punto 4.2 que el mediador deberá informar el deber de confidencialidad y sus alcances legales, señalando que ninguna de las partes podrá grabar ni exhibir la reunión a ningún tercero, siendo la violación a dichos deberes pasible de las sanciones previstas por el artículo 156 del Código Penal⁷. Esta circunstancia debe ser señalada en el discurso inicial, obteniendo el compromiso de todos los asistentes de no registrar las conversaciones y de dar inmediato aviso en caso de que otra persona ingrese a la sala⁸.

Por su parte, el protocolo que rige para las mediaciones virtuales en centros públicos y privados (resoluciones 02/20 y 03/20 de la Secretaría de Justicia) dispone que, a los fines de certificar la presencia de las partes a la instancia de mediación, se deberá hacer captura o *print* de pantalla de las reuniones realizadas y que, a los

(7) “Artículo 156: Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

(8) Se ha señalado como buena práctica el solicitar a los participantes de la video llamada que realicen un paneo general de la sala en la que se encuentran, a los fines de asegurarse de que no haya otras personas presentes.

fines de resguardar el derecho a la intimidad, esta situación deberá ser expresada en el convenio de confidencialidad (punto 2.4).

La Dirección de Mediación de la provincia realizó un informe técnico sobre las plataformas para videoconferencias y sus características, señalando que las diferentes plataformas deben asegurar la confidencialidad mediante reuniones privadas y secretas⁹.

3) *Comunicación directa entre las partes*

El artículo 19 de la ley postula que las partes y las personas mediadoras han de asistir personalmente a las sesiones o audiencias. Sin embargo, habilita a que, en situaciones excepcionales, puedan valerse de representantes o intermediarios. Además, en casos en que alguna de las partes manifieste su imposibilidad material de concurrir por razones de salud, distancia u otro motivo debidamente justificado, el proceso de mediación podrá realizarse por medio de tecnologías de la información y comunicación.

La comunicación humana es un proceso. No es una acción sino un conjunto de acciones y retroacciones en la cual están comprometidos por lo menos dos seres vivos, que se relacionan y mutuamente producen modificaciones que son producto de interacciones (Watzlawick, 1985). Se caracteriza por incluir a dos o más emisores-receptores, entre los cuales circulan mensajes, en una serie de idas y vueltas, por diferentes canales al mismo tiempo o sucesivamente, siendo en el mejor de los casos congruentes los mensajes que se envían a través de diferentes canales, pero que siempre se influyen mutuamente. El proceso ocurre dentro de un contexto espacial y está afectado por un contexto histórico. Y el conjunto de todo esto, genera una historia o narrativa que, a su vez, se transformará en contexto histórico y afectará las relaciones entre quienes se comunicaban y, por lo tanto, afectará los mensajes.

En este orden de ideas, consideramos que hay una diferencia entre que la comunicación sea directa entre las partes a que sea mediada por otros operadores. Las interacciones no serán las mismas si los mensajes son transmitidos por los protagonistas del conflicto, a si lo hacen, por ejemplo, sus abogados u otros representantes.

En consonancia, el artículo 19 de la ley, bajo el título “Comparecencia”, preceptúa que las personas humanas deben concurrir a las reuniones convocadas de manera personal y no pueden hacerlo por apoderados, excepto cuando les resulte imposible por causa justificada. Las personas jurídicas participan por medio de sus representantes legales o autoridades estatutarias con facultades suficientes para acordar, debiendo acreditar previamente la personería invocada.

El artículo 22 prevé que, en el caso de que una mediación prejudicial obligatoria no pueda llevarse a cabo por la incomparecencia injustificada de alguna de las

(9) <https://mediacion.cba.gov.ar/video-llamados/>

partes, se impondrá una multa al inasistente equivalente al valor de cinco *jus* en caso de personas humanas y de diez *jus* en caso de personas jurídicas¹⁰.

Highton y Álvarez (1996) flexibilizan este principio y afirman que, aunque el ideal sea la reunión de las partes y el mediador cómodamente sentados alrededor de una mesa, no siempre la mediación se realiza así. Postulan que, en la práctica, la mediación puede realizarse de diversas maneras:

- a) Por teléfono:
 - cuando se trata de una situación sencilla que se puede resolver fácil y rápidamente¹¹;
 - cuando, no obstante tratarse de una cuestión compleja, alguna de las partes relevante para la negociación está en otra ciudad o inclusive en otro país.
- b) Con el mediador actuando como puente de la comunicación entre los interesados, sin que éstos se reúnan. El mediador va y vuelve sucesivamente de una parte a la otra¹²:
 - cuando la hostilidad es tal que las partes no aceptan verse frente a frente;
 - cuando por existir antecedentes de violencia, una de las partes corre riesgo;
 - cuando esta es la única forma de contrarrestar el desequilibrio de poder por la influencia psicológica que ejerce una parte sobre la otra;
 - como método elegido por alguna escuela de mediadores, por lo menos hasta el final en que recién se reúne a las partes.
- c) Cara a cara, con la presencia personal de todos los protagonistas del conflicto con poder suficiente para resolverlo.

Probablemente porque las autoras escribieron en 1996 es que no incluyeron a la Internet como medio de comunicación. Pero fue a partir de la amplia difusión de las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) que resultó necesario, sin entrar en la polémica sobre su aplicabilidad, nombrar al movimiento de la Resolución de Disputas “en línea” (*Online Dispute Resolution, ODR*) y la “mediación online” como una alternativa para la gestión de conflictos cuando las partes se encuentran separadas geográficamente. Los autores que pregonan la aplicabilidad de estos métodos sostienen que la inmediatez no se ve conculcada, ya que si bien media un *canal* electrónico, el *mensaje* se transmite directamente, sin intermediarios (Katsh, 2013).

(10) Conforme el Código Arancelario de Abogados y Procuradores de la Provincia (ley Nº 7269), el *jus* es la unidad arancelaria de honorarios profesionales de los abogados, que representa el 1% de la remuneración básica mensual asignada al cargo de Juez de Cámara con ocho años de antigüedad.

(11) Este tratamiento se ve a veces en programas para los consumidores (Highton & Álvarez, 1994).

(12) En el contexto internacional, se designa a esta forma como “*shuttle diplomacy*”.

Pueden citarse softwares y plataformas específicas como Ejustic¹³, Youstice¹⁴, Modria¹⁵, The Mediation Room¹⁶, Simediar¹⁷ u otros genéricos como Skype, Zoom, Meet, Jitsi, Facetime, GoogleTalks, OnSync, etc.

El artículo 20 de la ley prevé que el proceso de mediación pueda realizarse por medio de tecnologías de la información y comunicación, cuando alguna de las partes manifieste su imposibilidad material de concurrir por razones de salud, distancia u otro motivo debidamente justificado, siempre que la sede del Centro Judicial de Mediación interviniente tenga a su alcance los medios tecnológicos necesarios y que el sistema de comunicación utilizado respete los principios y garantías del proceso de mediación. Entendemos que esta posibilidad será extensiva a la mediación realizada en otros Centros.

El decreto reglamentario entiende a la “mediación electrónica” como aquella que se realiza mediante la utilización de la tecnología adecuada para posibilitar la comunicación a distancia entre las partes y los mediadores y que garantiza la confidencialidad de la comunicación mediante la encriptación de los datos transmitidos.

En la mediación electrónica se interpone un medio no habitual, pudiendo llegar a pensar que la virtualidad se presenta como otra variable que participa activamente de la comunicación en la sala (Saad y Colazo, 2020: 427). En este sentido, un primer desafío para los mediadores será la conectividad de los participantes y su acceso efectivo a la comunicación.

En la provincia de Córdoba, incluso desde antes de la reforma de la ley, ya había habido numerosas experiencias de mediaciones realizadas por videoconferencia mediante distintos sistemas, con un mediador presente en la locación de cada parte interviniente. Sin embargo, es con el advenimiento de la pandemia que la mediación online, virtual o a distancia dejó de ser una excepción para convertirse en la regla.

El protocolo de actuación en la virtualidad para Centros Judiciales de Mediación procuró posibilitar y regular la continuidad de las audiencias de mediación al contemplar que fueran vehiculizadas por medios tecnológicos durante el servicio de justicia en la emergencia por razones sanitarias, destacando que la modalidad virtual era la que mejor conciliaba con la situación de aislamiento:

Artículo 12: Modalidad de trámite en los Centros Judiciales de Mediación. El único medio, por cuestiones de infraestructura y de resguardo al derecho a la salud de todas las partes involucradas en el proceso de mediación, es el modo virtual.

(13) www.ejustic.com

(14) www.youstice.com/es/

(15) www.modria.com

(16) www.themediationroom.com

(17) www.simediar.com

Excepcionalmente, se podrá habilitar la modalidad presencial cuando se acredite fehacientemente un obstáculo insalvable para su realización por el modo virtual y a pedido de todas las partes del proceso de mediación.

Así, la virtualidad se convirtió en la regla y la presencialidad en la excepción. Aún más: la virtualidad se presentó como una propuesta con proyección de futuro, planteando su continuidad una vez superado el contexto de sanitario. Se argumenta que “en la era de las comunicaciones, el proceso de mediación bajo la modalidad virtual configura un nuevo modo de co-construir soluciones, adaptando los procesos a la realidad y requerimientos de la ciudadanía y sus letrados, conjugados en el universo complejo de las relaciones humanas” (AR 1625, punto I).

En cuanto a las sanciones por la inasistencia a la primera reunión de mediación prejudicial obligatoria cabe señalar que, durante el comienzo de la excepcionalidad, la normativa inicialmente dispuso la suspensión de su aplicación. Sin embargo, dicha prerrogativa fue reanudada mediante al dictarse el Acuerdo Reglamentario 1643.

La Resolución 02/20 de la Secretaría de Justicia dispone en sus considerandos que, ante la imposibilidad de realizar reuniones presenciales en el marco del proceso de mediación, que implicaría la presencia de personas en una misma sala, transgrediendo la medida de aislamiento social preventivo y obligatorio, resulta necesario arbitrar otros mecanismos a través del uso de recursos tecnológicos para realizar de mediaciones de manera virtual mediante plataformas o aplicaciones informáticas afines. Así, se implementó la mediación virtual bajo una modalidad que se continúa aplicando en centros públicos y privados hasta el día de hoy.

Álvarez y Cattaneo señalan que, para poder alcanzar una buena comunicación en este nuevo contexto de relación, se necesita plantear una nueva visión de una comunicación eficaz y eficiente. En ese orden de ideas, coincidimos con los autores cuando argumentan que, atendiendo a la necesidad que tenemos los seres humanos de comunicarnos, poder expresar nuestras emociones y gestionar nuestros conflictos, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación cobran una relevancia tal que no puede ser soslayada (2020: 415).

4) Satisfactoria composición de intereses

Es esencia de la mediación como sistema autocompositivo para resolver conflictos, la potenciación de la capacidad de las personas para gestionar sus disputas y su autonomía para llegar a acuerdos.

Relacionado con la autocomposición, este principio se presenta directamente relacionado con la actitud del mediador frente al posible resultado del procedimiento de mediación, entendiéndose que el mediador no tiene poder para imponer criterios propios a las partes, mucho menos una solución.

Durante los debates parlamentarios previos a la sanción de la ley 8858, el senador Luisianzsoff explicaba que:

“[...] quizás para la aguda visión del jurista avezado resulte llamativo que se hable de satisfactoria composición de intereses y no de justa composición de intereses en litigio, como reza la fórmula pretoriana, pero ello se debe a que en la génesis misma de todo el procedimiento de la mediación, se encuentra la figura histórica de la transacción, en virtud de la cual las partes, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a sus mutuas pretensiones” (Barmat y Rivero, 2001).

Los métodos de intervención no adversarial de las controversias proponen un cambio en las prácticas sociales y profesionales. El desempeño esperado del tercero mediador obliga a reconocer en las partes el protagonismo y la producción de respuestas. Por tal, deberá abandonar el objeto en manera de sus dueños, e intervenir al solo efecto de facilitar la comunicación entre los sujetos de la disputa, y la recuperación de la facultad negociadora de las partes (García Cima, 2001).

En relación con los conflictuantes el mediador puede, como toda instancia de diálogo, concretar objetivos éticos y políticos por el efecto transformador en personas y medio que posee. El mediador encarna una posición en la vinculación susceptible de poder, y la seducción que puede ejercer en personas sin auto control ético, el resolver, el poner en orden, el educar o salvar a otro, conspira con el deber, con la responsabilidad ética que le cabe (García Cima, 2003).

La interpelación le ha sido formulada para facilitar y potenciar la toma de decisión autónoma de los disputantes en el conflicto. Aunque no le pertenece el conflicto, en el sentido de objeto de la disputa, tampoco la decisión y desde luego tampoco el acuerdo o desacuerdo al que se arribe.

Si el mediador ofreciera asumir la resolución de la disputa ajena (aún con las mejores intenciones), en realidad estaría contradiciendo -subestimando- la capacidad de autodeterminación y libertad adjudicada a las personas en la contienda, con un evidente desconocimiento del otro, de su libertad y dignidad ciudadana. Aún más, estaría apoderándose del derecho de las personas a construir sus propios mundos, imponiendo o intentando imponer su propia cosmovisión.

En la mediación, los conflictuantes no delegan el proceso ni el poder de toma de decisión, sino justamente y en sentido inverso, buscan recuperar su aptitud de decisor libre y autónomo, requiriendo del mediador el auxilio en las técnicas y habilidades del proceso decisorio.

Si bien los humanos -y, por ende, los mediadores- “no podemos formar parte de una interacción sin contribuir a darle forma, moverla y dirigirla continuamente”, alcanzar el valor de satisfacción en general sólo es posible obteniendo la satisfacción de los individuos, donde cada uno de los cuales determina su propia aspiración (Baruch Bush & Folger, 2008).

Este principio, que ya estaba presente en la ley 8858, continúa rigiendo en el marco de la mediación virtual.

5) *Consentimiento informado*

La construcción del consentimiento informado en una práctica como la mediación, que tiene exigencias de participación responsable de las partes, debe ser cuidadosamente cimentada; de otra forma se estarían traicionando los mismos principios fundamentales de la mediación (García Cima, 2001).

La última parte del artículo 3º de la ley 10543 expresa que “los principios y garantías establecidos deben ser informados y explicados a las partes que concurran a la instancia de mediación en el discurso inicial”¹⁸.

Highton y Álvarez (1996:277) señalan que en la sesión conjunta inicial existen dos partes diferenciadas. Si bien no hay una clara línea demarcatoria entre ambas, ya que se llevan a cabo sin solución de continuidad, aparecen dos momentos diversos:

- el discurso de apertura o exposición inicial del mediador, introductorio a la mediación;
- el relato y participación de las partes, con que empieza la sesión conjunta propiamente dicha¹⁹.

Explican que, durante el breve período introductorio de la sesión de mediación, el mediador intentará lograr tres objetivos:

- dar información a las partes y orientarlas acerca del procedimiento;
- lograr la confianza de las partes;
- obtener información acerca de la disputa y las personas involucradas en él.

El discurso inicial o de apertura es el momento donde se brindará la información suficiente a las partes para que puedan prestar su consentimiento para el inicio propiamente dicho del proceso de mediación. Un discurso de apertura efectivo es importante por cuanto:

- establece las reglas básicas y el rol del mediador en la audiencia;
- asienta el control de la audiencia por parte del mediador;
- sirve para que los presentes se sientan cómodos;
- comunica a las partes la sensación de que el mediador tiene seguridad y está adiestrado, invitándolos por ello a confiar tanto en el mediador como en el procedimiento;

(18) En la ley 8858 esta aclaración estaba contenida en la reglamentación del artículo 4.

(19) De la práctica profesional y de la observación de casos surge que esto no siempre es así, ya que, muchas veces, las partes comienzan sus relatos antes incluso de que el mediador pueda hacer una presentación apropiada. Incluso, no siempre se comienza con una sesión conjunta, pudiendo existir numerosas posibilidades de combinaciones con reuniones privadas.

- permite a las partes reconocer y aceptar la discordancia entre lo que creían poder obtener a través de la mediación y la realidad.

Resulta relevante la explicitación del papel del mediador, del concepto de la mediación y de las diferencias entre mediación y otras formas de resolución alternativa de conflictos. Así, el mediador debe informar brevemente a las partes sobre qué rol desempeñará, por más que ya lo haya hecho algún empleado o administrativo o que las partes ya hayan participado de una mediación anteriormente. Jamás debe presumirse que todos han entendido lo anterior ni que lo recuerden.

La explicación del rol del mediador y del proceso debe hacerse en palabras fácilmente comprensibles, con descripciones simples y gráficas, evitando el vocabulario y clasificaciones jurídicas y técnicas.

En resumen: al iniciar o antes de iniciar el proceso, el mediador tiene la obligación de informar a las partes y determinar que comprenden razonablemente todo lo relacionado con la naturaleza del proceso de mediación; la naturaleza de su rol; los procedimientos a seguir en la mediación; la prohibición de proveer asistencia legal; que las partes tienen oportunidad de consultar con sus letrados en cualquier momento del proceso; los efectos procesales de la mediación sobre un juicio pendiente de resolución; el marco temporal de la mediación; cuestiones relativas a gastos y honorarios; etc.

Debe tenerse en cuenta que el mediador ha dado o ratificado mucha información en poco tiempo, por lo que, antes de comenzar con el caso y con carácter previo a que las partes empiecen a hablar sobre su problema en concreto, debe preguntarles si tienen dudas acerca de los respectivos roles, los posibles resultados, los procedimientos, o inquietudes de cualquier otra índole.

En algunos casos suele instrumentarse un “contrato de mediación”, con cuya suscripción tanto las partes conflictuantes como los mediadores acuerdan someterse al procedimiento. Allí suele incluirse también la cláusula de confidencialidad.

El artículo 66 de la ley 10543, relativo a la ética profesional, establece como pautas de desempeño, entre otras: “informar a las partes desde el inicio del proceso de mediación, sus características, efectos y roles de cada uno de los intervinientes, garantizando el entendimiento de las partes de dicha información” y “detallar los honorarios, costas y forma de pago”.

Si pensamos en una técnica que promueve la autocomposición de una situación de conflicto como es la mediación, debemos asegurar la autonomía de la voluntad de sus participantes. Autonomía de decisión que, sin dudas, en una de sus manos lleva la información como parte de su expresión (Saad, 2016: 1925).

En relación con el principio en cuestión, la resolución 02/20 de la Secretaría de Justicia dispone que la notificación de la primera audiencia de mediación deberá contener toda la información necesaria y las opciones que valgan, a los fines de

asegurar y dotar a la persona requerida de todos los datos indispensables para que pueda lograr una conexión eficaz, asegurando que las partes requeridas o terceros puedan contar con la herramienta informática al efecto.

Por su parte, el Acuerdo Reglamentario 1625 dispuso que, a los fines de poder llevar a cabo la mediación virtual en los Centros Judiciales de Mediación, era indispensable contar con el consentimiento expreso de todas las partes como trámite previo a la celebración de la audiencia. Luego, el Acuerdo Reglamentario 1643 dispuso la ampliación de causas prescribiendo que, mientras dure la emergencia sanitaria, la mediación bajo la modalidad virtual se erige de aplicación obligatoria, no requiriéndose así el consentimiento previo.

6) Celeridad en el trámite

Se trata de un principio que, si bien no había sido recogido expresamente por la ley 8858, sí estaba presente en distintos textos como una característica fundamental del método (Diez y Tapia, 1999; Álvarez, 2003; García Villaluenga, 2010).

Se materializa en la brevedad que se les asigna a ciertos plazos procesales en el marco de la prejudicialidad obligatoria, entre los que pueden citarse: el plazo de 10 días para la convocatoria a la primera reunión (Art. 17), el plazo de 10 días para la convocatoria a una nueva reunión (Art. 18), el plazo de dos días hábiles para acreditar facultades suficientes para acordar en caso de comparecer mediante apoderado (Art. 19) y el plazo máximo de 60 días para la totalidad del proceso de mediación (Art. 30).

Asimismo, podemos ver evidenciado este principio en ciertas prácticas como las notificaciones al domicilio electrónico (Art. 14) y la posibilidad de realización de mediaciones a distancia utilizando medios electrónicos (Art. 20).

En el marco de la pandemia, la maximización de la utilización de los medios electrónicos logró aun mayor celeridad en el trámite, implementándose con mayor frecuencia las “e-cédulas” y las notificaciones por correo electrónico.

Por la simplicidad en el ingreso de formularios de solicitud de mediación prejudicial obligatoria, a través de un simple correo electrónico, los centros privados ampliaron notablemente su número de casos tornándose “protagonistas” de esta época (Paszucki, 2022). Asimismo, la resolución 03/20 de la Secretaría de Justicia logró reducir de manera considerable los tiempos en la protocolización de las actas de cierre y posterior emisión de certificados de cumplimiento de la instancia al simplificar los requisitos de documentación a adjuntar y al delegar algunas funciones de contralor del Centro Público en cabeza de los propios mediadores quienes, según reza uno de los considerandos de dicha resolución, “por su matrícula habilitante dan fe mediante una declaración jurada de la veracidad de los actos llevados a cabo en su presencia”.

7) Libre disponibilidad para concluir el proceso una vez iniciado

Este es el único principio que está reglamentado por el decreto 1705/18, enunciando claramente que “la libre disponibilidad para concluir el proceso una vez iniciado debe entenderse como la posibilidad de finalizar sin acuerdo la mediación en cualquier momento del proceso, luego de la apertura de la primera reunión”. Por su parte, el artículo 66 impone como deber ético finalizar la mediación cuando lo solicite cualquiera de las partes.

El procedimiento en su concepto más ortodoxo debe asegurar a los disputantes el carácter de voluntario, entendiendo como tal la posibilidad de acceder, permanecer o retirarse de la mesa de mediación en el momento que se estime oportuno, característica que también está consagrada en favor del mediador. De otra manera es imposible concebir este procedimiento de comunicación directa, de transparencia y de acceso a intereses subyacentes a las posiciones que emergen en la disputa (García Cima, 2003).

La voluntariedad se vincula con el derecho de acogerse al procedimiento de mediación o no hacerlo, así como de permanecer o separarse cuando se lo desee, tanto de las partes -que podrán retirarse cuando lo deseen sin dar explicación alguna- como del mediador, al que se le reconoce la facultad de poner fin a la mediación si el acuerdo al que se va a llegar le parece ilegal o de imposible cumplimiento, o si estima poco probable que continuar con la mediación permita llegar a un acuerdo (García Villaluenga, 2010).

Entendemos que esta es otra de las diferencias con el operador judicial, quien por mandato constitucional no puede abstraerse de su función y por tal, no puede dejar de emitir su decisión²⁰.

Ciertos autores sostienen que este principio alcanza al mediador, pero nunca por encima de las partes. Afirman que el mediador puede aceptar o no la mediación para la que fue llamado y puede también cesar su voluntad de participar en el procedimiento cuando él mismo se transforme en inoperante o su persona sea descalificada; pero su voluntad no es prioritaria a la de las partes sino todo lo contrario: no puede elegir con privilegio. En ese sentido, si una, ambas o todas las partes eligieron mediador, la prioridad es clara: los mediadores electos no pueden dejar de dirigir la mediación a la que *ab initio*, por voluntad de los sujetos parte, fueron colocados en el proceso (Di Pietro, 2011:157).

Si bien la “libre disponibilidad...” no estaba consignada como tal en la legislación anterior, consideramos que, de cierta manera, estaba implícita dentro de la voluntariedad expresada en el artículo 1º de la ley 8858²¹. Además, el artículo 21

(20) Principio de tutela judicial efectiva.

(21) “Artículo 1.- *Institúyese* en todo el ámbito de la Provincia de Córdoba y declárese de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con

señalaba textualmente que cualquiera de las partes podía dar por terminada la mediación en cualquier etapa del proceso.

Sin embargo, como la nueva ley instituye la Mediación Prejudicial “Obligatoria”, pareciera que hablar de “voluntariedad” estuviera prohibido. Y aquí cabe formularnos la siguiente pregunta: si entendemos que el procedimiento debe asegurar a los disputantes y a los mediadores el carácter de voluntario, entendiendo como tal la posibilidad de acceder, permanecer o retirarse de la mesa de mediación en el momento que se estime oportuno, ¿qué otra cosa es la “libre disponibilidad...” si no es la ya conocida voluntariedad que consagraba como principio la anterior legislación?

En la Argentina, la obligatoriedad de “pasar por la instancia” de mediación fue establecida para permitir la difusión de esta institución, suponiendo que cuando la mediación sea ampliamente conocida, el hecho de ser “voluntariamente” solicitada por las partes, antes de concurrir a los tribunales, mejorará los resultados obtenidos (Suarez, 1996: 64).

Entonces, al preguntarnos “¿qué es lo obligatorio?”, se impone la respuesta de que lo único obligatorio es que las partes concurren a una primera reunión de mediación, siendo pasibles de una multa en caso de no hacerlo (prevista en el artículo 22).

Todas las consideraciones vertidas en este apartado se mantienen sin modificación en el marco de la mediación virtual implementada a partir de la pandemia.

IV. Conclusiones

El artículo 3 de la ley de mediación Nº 10543 de la provincia de Córdoba enumera una serie de siete principios que, si bien en su mayoría ya estaban contenidos en la anterior ley 8858, algunos han sufrido modificaciones, a la vez que otros han sido adicionados.

La “Comunicación directa entre las partes”, la “Satisfactoria composición de intereses” y el “Consentimiento informado”, se mantienen tal cual estaban enunciados.

La nueva ley abandona el concepto de neutralidad para consagrar el de “Imparcialidad”. Si bien en ocasiones estos términos son tomados como sinónimos, la doctrina es conteste en señalar que designan cuestiones diferentes, pronunciándose expresamente por el segundo.

La “Confidencialidad” se mantiene como principio, pero se modificaron los casos en los que puede exceptuarse: mientras en la ley 8858 las excepciones se limitaban a los casos en que se hubiera tomado conocimiento de hechos de violencia contra un menor o se hubieran conocido violaciones a las disposiciones de la Convención

carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares, que se regirá por las disposiciones de la presente Ley”.

Internacional de Derechos del Niño, la ley 10543 dispone que los participantes quedan relevados del deber de confidencialidad por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron y para evitar la comisión de un delito o, si éste se estuviera cometiendo, para impedir que continúe.

Finalmente, la nueva ley incorpora la enunciación de dos principios: la “*Celeridad en el trámite*” y la “*Libre disponibilidad para concluir el proceso una vez iniciado*”. Sin embargo, consideramos que, si bien no estaban listados junto con los demás, ambos principios ya estaban incluidos, de una manera u otra, en el texto de la anterior ley 8858.

Estimamos que los siete principios enunciados son fundamentales, generales, abiertos, dinámicos, y que orientarán la aplicación de la ley en coherencia con todo el ordenamiento jurídico.

La normativa dictada a partir del advenimiento de la pandemia por covid-19, que implementó protocolos de actuación en la virtualidad tanto para los Centros Judiciales de Mediación como para los demás centros públicos y privados, tiene implicancias sobre los principios y garantías que deben ser tenidas en cuenta al momento del ejercicio de la práctica mediadora. Y, si bien los protocolos fueron pensados en una primera etapa como pruebas pilotos para el contexto de aislamiento, buscaron cimentar los pasos para perfilar una nueva posibilidad a favor de la mediación, configurando un modo novedoso de gestionar los conflictos existentes. En este nuevo contexto, la tendencia indicaría que la mediación virtual llegó para quedarse.

V. Bibliografía

ÁLVAREZ, Gladys. *La mediación y el acceso a la justicia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

ÁLVAREZ, Raúl - CATTANEO, Sergio. “El aislamiento y la resolución de conflictos”, en BARRERA BUTELER, Guillermo (et al.), *El derecho argentino frente a la pandemia y post-pandemia covid-19*, Advocatus, Córdoba, 2020.

BARMAT, Norberto - RIVERO, Silvia. *Ley provincial de Mediación N° 8858 y su reglamentación. Concordada, Anotada y Comentada*, Marcos Lerner, Córdoba, 2001.

BARUCH BUSH, Robert - FOLGER, Joseph. *La promesa de mediación. Como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Buenos Aires, 2008.

BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio. *Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas*, Reus, Madrid, 2008.

CASTRO CID, Benito de - MARTÍNEZ MORÁN, Narciso. *Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho*, Universitas UNED, Madrid, 2012.

COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, 2012. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/MEDIACI%C3%93N/FICHERO/20150624%20Libro%20verde.pdf>

DI PIETRO, María Cristina. *La superación del conflicto*, Alveroni, Córdoba, 2011.

DIEZ, Francisco – TAPIA, Gachi. *Herramientas para trabajar en mediación*, Paidós, Buenos Aires, 1999.

GARCÍA CIMA, Elena. *Un diseño de mediación. Modelo del Colegio de Escribanos de Córdoba, Argentina*, Alveroni, Córdoba, 2001.

GARCÍA CIMA, Elena. “Mediación. Pensando la ética de las relaciones políticas democráticas en el proceso de mediación”, en *Tendencias – Revista de la Universidad Blas Pascal*, 2003, VII, 14, pp. 49-59.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en FORD, G. (Dir.), *Revista General de Legislación y Jurisprudencia III Época, Nº 4*. Reus, Madrid, 2010, pp. 717-756.

GRILLO, Iride Isabel María. “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica*. 2004. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/iride-isabel-maria-grillo-derecho-tutela-judicial-efectiva-dacf040088-2004/123456789-0abc-defg8800-40fcanirtcod>

HIGHTON, Elena - ÁLVAREZ, Gladys. “La resolución alternativa de disputas (RAD) y el consumidor. El consumidor ante el conflicto, ¿qué modos tiene de resolverlo?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pp. 221-249.

HIGHTON, Elena - ÁLVAREZ, Gladys. *Mediación para resolver conflicto*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

ISLAS MONTES, Roberto. “Principios jurídicos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2011, 397-412. ISSN 1510-4974.

KATSH, Ethan. “ODR: A look at history – A few thoughts about the present and some speculation about the future”, en WAHAB, Mohamed (Ed.), *Online dispute resolution: theory and practice*, Eleven International Publishing, 2013. Recuperado de <http://www.ombuds.org/odrbok/katsh.pdf>

LORENZETTI, Ricardo. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015.

MUNUERA GÓMEZ, Pilar - GARRIDO SOLER, Salvador. “Innovación en mediación a través de la intervención narrativa. Desmitificando el principio de neutralidad”, en *Revista de Mediación*, 2015, vol. 8, Nº 1, pp.25-35. Disponible en www.revistademediacion.com

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 1998.

PASZUCKI, Samuel. “De celebraciones y esperanzas”, en *Comercio y Justicia*, 22-03-2022, recuperado de <https://comercioyjusticia.info/opinion/de-celebraciones-y-esperanzas/>

RIFKIN, Janet - MILLEN, Jonathan - COBB, Sara. “Toward a new discourse for mediation: A critique of neutrality”, en *Conflict Resolution Quarterly*, 1991, 9, 2, pp. 151-164. Recuperado el 02/03/2022 de: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/crq.3900090206>

SAAD, Carla. “Una mirada sobre principios en el procedimiento de mediación”, en *Questio Iuris*, 2016, 9 (4), pp. 1913-1934. ISSN 1516-0351.

SAAD, Carla - COLAZO, Leonardo. “El rol del mediador. Del amor en los tiempos del coronavirus”, en BARRERA BUTELER, Guillermo (et al.), *El derecho argentino frente a la pandemia y post-pandemia covid-19*, Advocatus, Córdoba, 2020.

SUARES, Marínés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

WATZLAWICK, Paul. *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*, Herder, Barcelona, 1985.

Legislación nacional

Ley N° 8858, Mediación. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, 14 de julio de 2000. Recuperado de <https://www.justiciacordoba.gov.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/Contenido/TSJ/mediacion/Ley%208858.pdf>

Decreto reglamentario N° 1773, Mediación. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba. 2 de octubre de 2000. Recuperado de <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/36704c-1158c32011032572340058a002/9d8df14891b3ecf50325833200555348?OpenDocument>

Ley N° 10543, Mediación. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba. 6 de junio de 2018. Recuperado de https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2018/06/1_Secc_06062018.pdf

Decreto reglamentario N° 1705, Mediación prejudicial. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba. 31 de octubre de 2018. Recuperado de: <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/55d15b744da733840325833700468670?OpenDocument>

Acuerdo Reglamentario N° 1625 serie “A” del 10/05/2020, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Acuerdo Reglamentario N° 1643 serie “A” del 29/07/2020, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Resolución N° 02 del 02/04/2020, Secretaría de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba.

Resolución N° 03 del 13/11/2020, Secretaría de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba.

Legislación extranjera

Unión Europea

Directiva 2008/52/CE, Ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario oficial de la Unión Europea, 24 de mayo de 2008. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=ES>

España

Ley N° 5/2012, Mediación en Asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, 7 de julio de 2012. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/1//07/06/5>

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL Y OBJETIVIDAD*

QUANTIFICATION OF NON-PECUNIARY DEMAGES AND OBJECTIVITY

*Julio Mariano López***

Resumen: En el ensayo se indaga en qué medida los requerimientos de objetividad en la justificación de las decisiones judiciales son satisfechos por la teoría de las satisfacciones compensatorias que consagra el artículo 1741 del Código Civil y Comercial para la cuantificación del daño extrapatrimonial. Dado que, creemos, resultan insuficientes, se propone una solución alternativa.

Palabras-clave: Daño extrapatrimonial - Cuantificación del daño - Objetividad - Placeres compensatorios.

Abstract: The essay investigates to what extent the requirements of objectivity in the justification of judicial decisions are satisfied by the theory of compensatory pleasures enshrined in article 1741 of the Civil and Commercial Code for the quantification of non-pecuniary losses. Since we believe they are insufficient, an alternative solution is proposed.

Keywords: Non-pecuniary damages - Quantification of damages - Objectivity - Compensatory pleasures.

Sumario: I. Introducción. II. Diversos sentidos de objetividad. III. Daño moral y objetividad. IV. Daño moral y prueba ontológica. V. Daño moral y cuantificación. VI. Cuantificación y placeres compensatorios. VII. Cuantificación y justificación intersubjetiva. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La obligación prescripta por el artículo tres del Código Civil y Comercial que conmina al juez a resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada presenta una especial dificultad para su cumpli-

* Trabajo recibido el 21 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 15 de febrero de 2022.

** Abogado y Magister en Derecho y Argumentación por Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Docente auxiliar de la Cátedra "C" de Introducción al Derecho de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la UNC.

miento cuando se trata de cuantificar el daño moral. No hace falta recordar aquí los numerosos intentos de dar respuesta a esta problemática, tanto doctrinal¹ como jurisprudencialmente². Tampoco resulta necesario señalar que la controversia permanece todavía abierta y, quizás, se agrava más con el fenómeno inflacionario que ya se ha vuelto crónico en nuestro país. De modo que se justifica abordar una vez más este problema.

Con todo, mi inquietud está dirigida más a indagar acerca de las razones generadoras de la dificultad de cuantificar el daño extrapatrimonial que a proponer algún método de cuantificación, si bien al final se hace una sugerencia. En este sentido, una de las críticas recurrentes a las que suele someterse la actividad de los jueces es la que califica a la operación como *arbitraria o subjetiva*³. Si un juez o una cámara acuerda una equis cantidad de dinero por un determinado evento y otro juez o cámara acuerda una suma sustancialmente diversa por un hecho similar, la crítica parece *prima facie* fundada. Lo que se pretende destacar con la calificación de arbitraria o subjetiva es la ausencia de un parámetro o criterio que nos permita establecer cuándo estamos frente a una indemnización adecuada y cuándo no.

De lo que se trata, entonces, si pretendemos lograr cierto grado de *objetividad*, es de establecer pautas que funcionen como criterios de corrección de la resolución dictada. En esta senda, el Código Civil y Comercial en el artículo 1741 ha dispuesto que el juez debe fijar el monto de la indemnización ponderando *las satisfacciones sustitutivas y compensatorias* que pueden procurar las sumas reconocidas. La legislación civil ha incorporado, de esta forma, la llamada teoría de los placeres compensatorios como método para cuantificar la reparación de los daños extrapatrimoniales.

(1) PIZARRO, Daniel. *Daño moral. Prevención reparación. Punición*, Ed. Hammurabi, pp. 418 y ss. PEYRANO, Jorge W. "De la tarificación judicial iuris tantum del daño moral", *JA* 1993-I 877. SAMUEL, Osvaldo Mario. *El daño moral en el Código Civil y Comercial*, Ed. Astrea, pp.119-170. LEONHARDT, Gabriel Marcelo. "Metodología para la cuantificación del daño moral", *Revista de Derecho de Daños* 2017-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, pp. 257 y ss. MARCELLINO, Leonardo. "Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial", *Revista de Derecho de Daños*, 2018-3, pp. 427-463. PAPA-YANNIS, Diego M. "Responsabilidad por el dolor causado y sufrido", *Academia*, 20/02/2021, www.academia.edu/40230940/Responsabilidad_por_el_dolor_causado_y_sufrido. SAHAB, Alejandro. "Dos problemas en torno al artículo 1741 del Código Civil y Comercial: Juicio de valor y congruencia", *S.J. T° 123 -2021-A*, pp. 153-159. JUÁREZ FERRER, Martín. "Cuantificación del daño moral por escalas", Id. (Dir), *Cuantificación del Daño. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 301-309.

(2) Un cuadro que sintetiza diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) puede consultarse en SAMUEL, Osvaldo Mario. *El daño moral en el Código Civil y Comercial*, cit., pp.119-133. Sobre la jurisprudencia cordobesa anterior a 2006, véase VIRAMONTE, Carlos Ignacio (Coord). *La cuantificación del daño moral*, Alveroni, Córdoba, 2006.

(3) Pizarro comienza el capítulo de su libro destinado a tratar esta cuestión diciendo: "La valoración del daño moral y la cuantificación de la indemnización dineraria constituyen motivos de auténtica preocupación para jueces y abogados. Buena prueba de ello la encontramos en los repertorios de jurisprudencia, que exhiben criterios judiciales en extremo disímiles, impregnados de marcado subjetivismo, que muchas veces sale del ámbito de la discrecionalidad para incursionar, peligrosamente en el de la arbitrariedad", PIZARRO, Daniel, cit. p. 417.

La pauta legal ha sido incorporada teniendo en cuenta dos requisitos que debe satisfacer la indemnización otorgada. Por un lado, se insiste en que la suma mandada a pagar debe tener un carácter esencialmente *resarcitorio*. La doctrina mayoritaria hace hincapié en esto y deriva de allí la exigencia de que la indemnización no represente un enriquecimiento para la víctima pero tampoco sea meramente simbólica.

Por otro lado, se dice que la prestación pecuniaria que la sentencia condena no funciona como “precio del dolor” sino, más bien, como “precio del consuelo”. Los que así piensan, señalan que el dinero es un medio inadecuado para la reparación pero “*puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido*”⁴. Se supone que con él la víctima puede obtener bienes o servicios que le sirvan para mitigar el padecimiento sufrido. Y es el valor de esos bienes o servicios los que el magistrado debería tener presente -ponderar- al momento de fijar el *quantum* del daño moral.

No obstante, existen autores que señalan la insuficiencia o, incluso, la ineptitud de la solución legal para zanjar el problema. Por un lado, porque puede dar lugar a abusos a la hora de reclamar la compensación por este tipo de daños. Propuesta por el demandante alguna satisfacción compensatoria como guía para la fijación del *quantum* indemnizatorio, no resulta nada claro determinar cuándo la prestación que se pondera comporta una indemnización adecuada y suficiente para el daño provocado y cuándo comporta un aprovechamiento de la víctima que excede el mero resarcimiento. Se rompe así la proporción que debe mediar entre la indemnización acordada y el daño sufrido, condición de toda indemnización resarcitoria ya que, si se pierde esa proporción, nos escapamos del ámbito de la reparación.

Por otro lado, porque no elimina la subjetividad del juez que es, en definitiva, quien va a fijar -más bien sugerir- cuál es la prestación que se ajusta a cumplir su función de consuelo, a falta de determinación por parte del reclamante. En este sentido, distintos autores señalan la necesidad e importancia de que los damnificados expliciten y justifiquen en sus demandas aquellas prestaciones que van a ocupar el lugar de las satisfacciones compensatorias. No sólo facilitarán la tarea decisoria del juez al contar con alguna guía acerca de aquello que puede servir de consuelo a la víctima sino también porque permite respetar de manera más acabada las exigencias de congruencia que deben existir entre la pretensión deducida y la resolución tomada.

En definitiva, pareciera que las demandas de objetividad que la doctrina y jurisprudencia han reiteradamente volcado en sus escritos y fallos no han podido ser satisfechas con la reforma legal. Con todo, la pregunta es: ¿A qué nos referimos con objetividad en este caso? ¿Qué tipo de objetividad podemos alcanzar en la cuantificación del daño moral si es que podemos alcanzar una? ¿Existe algo así como un parámetro, un método o una facultad que pueda proporcionárnosla? Dedicaremos

(4) CSJN, Fallos 334:376.

las siguientes palabras a desentrañar esta cuestión. La respuesta tiende a poner de resalto la imposibilidad de alcanzar la objetividad si nos limitamos a un diálogo bilateral entre partes o entre el juez y la parte. Esta exigencia, tal vez, solo podría satisfacerse a través del establecimiento de una convención, algo que requiere la participación de los distintos actores que confluyen en el desenvolvimiento de la práctica jurídica.

II. Diversos sentidos de objetividad

Si pretendemos que las condenas que realizan los jueces tendentes a indemnizar las consecuencias extrapatrimoniales disvaliosas de un hecho (daño moral) sean objetivas, deberíamos esclarecernos acerca de qué significa esta demanda de objetividad. Mucho se ha discutido en distintos ámbitos acerca de esta propiedad. Incluso podemos hablar de distintos tipos o sentidos de objetividad, dependiendo de aquello respecto de lo cual la predicamos. Se distinguen la objetividad metafísica, la epistemológica, la semántica, etc.

En un primer abordaje, decimos que la objetividad suele predicarse de cualquier estrato ontológico -en los que se incluyen cosas, hechos, acontecimientos, conceptos e ideas- o solo la circunscribimos como una propiedad de las creencias⁵. Un hecho o acontecimiento es *objetivo* en el primer sentido porque existe independientemente de que sea conocido por persona alguna (objetividad absoluta)⁶. Un evento dañoso, por ejemplo, la caída de un árbol sobre una construcción ha ocurrido y lo ha hecho de determinada manera -realmente-, con independencia de que alguien lo haya percibido o conocido. La realidad es externa a la mente y, por tanto, es objetiva.

La objetividad de las creencias, en cambio, tiene que ver con su *justificación*, es decir, con los criterios que se utilizan para establecer el valor de verdad de esas afirmaciones (objetividad disciplinar). Una posición realista en filosofía sostiene que la justificación de la creencia depende de la existencia del estado de cosas que describe. Si yo afirmo que el accidente entre A y B ha ocurrido, la verdad de dicha afirmación descansa en el efectivo acaecimiento del hecho de que A y B han intervenido en un accidente. La realidad externa de la que hablamos en el párrafo anterior funciona como parámetro de corrección de las afirmaciones (creencias) realizadas por los sujetos.

Sin embargo, sin entrar en arduas controversias filosóficas que no viene al caso tratar aquí, hay quienes piensan que no podemos prescindir de los sujetos cuando hablamos de la realidad: “... la subjetividad es un componente necesario en cualquier proceso cognitivo, por lo que es preciso afirmar que la realidad no es autónoma respecto de

(5) DE BUSTOS, Eduardo. “Objetividad”, en VILLORO, Luis (Ed.). *El conocimiento, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, p. 91.

(6) DE BUSTOS, Eduardo, cit., p. 91.

esos procesos"⁷. Los sujetos (una comunidad) constituyen o "fabrican" la realidad a través de sus procesos cognitivos. En este sentido, podemos decir que la realidad no es totalmente independiente de la mente humana, sino que depende básicamente de una práctica desarrollada por los seres humanos (objetividad dialéctica) y la verdad del conocimiento deriva, más bien, de los métodos o procedimientos que utilizamos para conocerla (objetividad procedimental).

La objetividad absoluta y la objetividad dialéctica son formas de lo que podríamos denominar objetividad *ontológica*⁸ o *metafísica* que "conciene a la medida en que la existencia y naturaleza de una cierta clase de entidades dependen de los estados mentales de las personas"⁹. Mientras que la objetividad disciplinar y la objetividad procedimental se vinculan con la objetividad *epistémica* o *epistemológica* que "requiere que los procesos y los mecanismos cognitivos mediante los cuales se forman las creencias acerca del mundo estén constituidos de manera tal que al menos *tiendan* hacia la producción de representaciones cuidadosas de cómo son las cosas"¹⁰.

Hechas estas aclaraciones, nuestra investigación debería estar dirigida a preguntarnos cómo se aplican estos conceptos a la problemática del daño moral, en general, y a su cuantificación, en particular. Como primera medida, dedicaré el próximo apartado a intentar desentrañar si podemos predicar objetividad ontológica o metafísica absoluta del daño extrapatrimonial y si podemos hacer lo mismo con su valoración y su cuantificación. Como estimo que la primera pregunta tiene una respuesta positiva pero la segunda no, en el tercer apartado indagaré si la teoría de los placeres compensatorios puede resolver este problema. En el último apartado, ensayaré una solución que viene dada por entender que los "precios" resultan de una convención de coordinación la que, en definitiva, puede remediar la falta de objetividad absoluta mediante la objetividad dialéctica.

III. Daño moral y objetividad ontológica

Las controversias en torno a la cuantificación del daño moral se han visto históricamente relacionadas con el problema acerca del concepto mismo de daño moral. Dice Pizarro: "Determinar qué se entiende por daño moral constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. Los límites cualitativos y *cuantitativos* del derecho del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual"¹¹.

(7) DE BUSTOS, Eduardo, cit., p. 92.

(8) DE BUSTOS, Eduardo, cit., p. 91.

(9) LEITER, Brian. *Naturalismo y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid-España, pp. 327 y ss.

(10) LEITER, Brian, cit., p. 334.

(11) PIZARRO, Daniel, cit., p. 31. La cursiva me pertenece.

Desde luego, determinar qué se entiende por daño moral importa establecer, por así decirlo, su estatus ontológico. No es extraño, entonces, que las primeras definiciones por exclusión -todo lo que no es daño patrimonial es daño moral- hayan sido criticadas precisamente porque dejan la pregunta sin una respuesta adecuada. Si se trata de indemnizar *algo*, deberíamos identificar ese algo; si estamos frente a un hecho, por ejemplo, de qué tipo de hechos estamos hablando.

Descartada la concepción negativa del daño extrapatrimonial, los diversos intentos abordaron el fenómeno señalando cuál era el *interés* dañado, tenga éste el estatuto de derecho subjetivo -entendido como interés jurídicamente protegido- o de un interés al menos no reprobado por el ordenamiento jurídico, cuando dicho interés carece de reconocimiento positivo.

En la primera posición, se enrolaban aquellos que entendían que, para que exista daño moral, la lesión debía recaer sobre derechos extrapatrimoniales en un sentido amplio o restringían el ámbito de los derechos afectados exclusivamente a los derechos personalísimos. Sin embargo, se advirtió con rapidez que una lesión a tales intereses podía tener repercusiones tanto patrimoniales como morales, por lo que la distinción no podía descansar en la índole de los derechos afectados.

La cuestión, entonces, se enfocó en aislar esas repercusiones extrapatrimoniales, circunscribirlas de algún modo, para poder establecer qué estamos dispuestos a indemnizar. Se advirtió así que la repercusión tenía que ser de naturaleza “espiritual”, lo cual encajaba con las situaciones que se pretendía reparar. Señalan Cazeaux y Trigo Represas: “Ante todo ha sido bastante frecuente entender que el daño moral consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y, en general, los padecimientos infligidos a la víctima por el evento dañoso”¹².

Con todo, también se puso de manifiesto que el daño moral no se halla limitado al sufrimiento o dolor espiritual. La modificación disvaliosa del espíritu podía recaer igualmente en la *capacidad* de querer, sentir o entender, tal como lo destaca la definición más usada actualmente o al menos con mayor adhesión doctrinaria¹³.

Si observamos con detenimiento, lo que esta pregunta intenta responder es en qué condiciones debemos reconocer una indemnización a un sujeto. Siguiendo la concepción de las normas que las entiende como la correlación entre un antecedente (fáctico) y un consecuente (normativo), la pregunta es cuáles son los hechos que deben verificarse para que la consecuencia normativa sea procedente. Conforme lo dicho anteriormente, el daño moral se vincula principalmente con un hecho psi-

(12) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de las obligaciones*, t. I, Platense, La Plata, p. 399.

(13) Pizarro, Daniel, cit. p. 43. Lo define como: “una modificación del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”.

cológico o un *estado mental* que implica una alteración (negativa) emocional -tales los casos de sufrimiento moral- pero también con la minoración de una *disposición o aptitud* (capacidad) de índole emocional, volitiva o cognitiva. Esto encuentra su caso extremo cuando la capacidad del sujeto para sentir dolor ha quedado anulada, por ejemplo, cuando la persona está en coma.

Este concepto de daño moral tiene dos ventajas que se articulan con la visión preponderante en nuestra práctica jurídica. Por un lado, solo puede predicarse de las personas humanas. Para la doctrina prevaleciente, las personas jurídicas carecen de legitimación para reclamar daño moral, incluso si se les reconoce intereses no patrimoniales¹⁴. Por el otro, permite acordar un derecho al resarcimiento a personas que, en virtud del hecho dañoso, se ven privadas de tales capacidades de sentir, querer o entender o que las tienen disminuidas o poco desarrolladas. Tales los casos de personas en estado de coma, a las que aludimos previamente, o aquellas que sufren alguna discapacidad intelectual o niños de corta edad¹⁵.

Como vemos, el daño moral en uno de sus aspectos -el más problemático- se corresponde con un estado mental, el que como tal posee objetividad metafísica, aun cuando el acceso a su conocimiento solo sea indirecto y, en cierto sentido, su existencia dependa de la mente. ¿En qué sentido? Los hechos psicológicos dependen *estructuralmente* de la mente puesto que “ocurren” en ella o son “facetas” de ella. Pero eso no quiere decir que no sean objetivos desde un punto de vista metafísico, puesto que existen independientemente del conocimiento que pueda tener un observador de la persona que lo experimenta¹⁶.

Cabe señalar, en este punto, que el problema ontológico respecto de los procesos y estados mentales ha sido y es objeto de controversias en el ámbito de la filosofía de la mente. La cuestión irresoluta en esa disciplina es si esos procesos y estados mentales pueden reducirse a procesos físicos que ocurren en un sistema complejo como es el cerebro o si tienen una naturaleza no física¹⁷. La respuesta positiva a la primera alternativa conduce a una teoría monista materialista de la mente, mientras que la segunda nos compromete con alguna versión de la teoría dualista.

(14) No así en el derecho comparado. Papayannis cita al Tribunal Supremo español que ha reconocido que el daño moral de las personas jurídicas es indemnizable porque no se requiere el sufrimiento propio de las personas físicas sino una afectación del “prestigio y la estima moral en el concepto público”. PAPAYANNIS, Diego M. cit., p. 6.

(15) Creo que desde un punto de vista conceptual, la inclusión de la afectación de la capacidad emotiva, volitiva y cognitiva como objeto de reparación puede producir confusiones respecto de su indemnizabilidad como daño patrimonial, es decir, con relación a las repercusiones que la disminución de esa capacidad tiene en la capacidad laboral, en las posibilidades de obtener ventajas económicas. Una cosa es la incapacidad psíquica que se indemniza como daño patrimonial y otra es la incapacidad “moral”, por así decirlo, que se indemniza como daño extrapatrimonial.

(16) LEITER, Brian, cit., p. 330.

(17) CHURCHLAND, Paul M. *Materia y conciencia*, Gedisa, Barcelona-España, p.17.

Aunque no vamos a detenernos en esta intrincada cuestión¹⁸, es importante resaltar los rasgos que presentan los estados mentales puesto que no es extraño encontrar allí los motivos que dificultan no solo cuantificar el daño moral sino, muchas veces, determinar su existencia. González Lagier, por ejemplo, señala cuatro propiedades de los estados mentales que escapan a una explicación en términos de leyes empíricas o por referencia exclusiva a procesos físico-químicos. Esos rasgos son: conciencia, carácter cualitativo, intencionalidad y eficacia causal¹⁹.

La *conciencia* tiene que ver con la forma como accedemos a ellos y que no es otra que la introspección. Los estados mentales se nos presentan de una manera directa, podemos conocerlos porque es algo que sucede dentro de nosotros, al margen de cualquier evidencia empírica. Sin embargo, resultan inaccesibles para terceros quienes solo podrán adquirir conocimiento de forma indirecta, a través de nuestra conducta externa.

Precisamente, dado que nuestros estados mentales pueden influir en nuestro comportamiento externo a través de gestos o acciones, un observador puede inferir de allí su existencia. Este es el rasgo de *eficacia causal* de los hechos psíquicos que provoca perplejidad a filósofos y científicos para quienes es difícil explicar la influencia que hechos de índole tan particular (mental) tienen en hechos externos, físicos.

La *intencionalidad* hace referencia al contenido del estado mental. Destaca la capacidad de los estados mentales de versar sobre objetos o estados de cosas del mundo distintos de ellos mismos. Se dice, por ejemplo, que un pensamiento o una creencia “alude” a algo o “señala” algo que está más allá de sí mismo²⁰. Creemos que está lloviendo o que la Tierra es plana. Aquí hay un estado mental (la creencia) y un estado de cosas externo a la mente a la que el estado mental se refiere (la lluvia, la planitud de la Tierra).

Por último, y quizás la característica que más nos interesa, es su especial modo de existencia lo que los torna de alguna manera “inasibles”. Las emociones, deseos o creencias emergen a la conciencia de cada persona de una manera particular, cualitativamente diversa. El dolor experimentado por un individuo, el sabor percibido de un chocolate, las sensaciones a las que van unidas los estados mentales son esencialmente *subjetivas*.

Si pudiéramos correlacionarlos directamente con algo material o empíricamente verificable (*v.gr.* un estado cerebral, un proceso físico-químico), tal vez podríamos

(18) Un buen panorama sobre las teorías acerca de la naturaleza de la mente y las repercusiones que pueden tener en materia probatoria puede consultarse en GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “Sobre los presupuestos filosóficos de las pruebas neurocientíficas”, en FERRER BELTRÁN, Jordi - VÁZQUEZ, Carmen (co-eds.) *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid-España, pp. 392 y ss.

(19) GONZALEZ LAGIER, Daniel, cit., p. 386. Véase también del mismo autor “Buenas razones, malas intenciones”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, pp. 649-650.

(20) CHURCHLAND, Paul M., cit. p. 101.

tener un conocimiento más acabado de ellos, más “científico”, en definitiva, quizás, más *objetivo*. Esta es la empresa en la que se embarcan las posiciones materialistas reduccionistas. Más allá de que, incluso en este caso, podrían presentarse dificultades epistemológicas²¹, no parece ser la teoría que está por detrás de la concepción dominante del daño moral. Al menos, no es lo que se infiere de las exigencias probatorias que, en general, los jueces imponen al reclamo del daño moral.

En lugar de buscar la evidencia de un determinado proceso neuronal, la acreditación de los daños extrapatrimoniales corre por un carril diverso al que corren los daños materiales. En general, no se requieren pruebas periciales, ni siquiera testimoniales. El perjuicio se infiere de una serie de indicios, aunque más que indicios provienen de un conjunto de generalizaciones que debe poseer el juez para apreciarlo. Dedicaremos el próximo apartado a este asunto.

IV. Daño moral y prueba

La naturaleza de los estados mentales -si estos se reducen a eventos neurofisiológicos, a roles causales o a conductas o bien son algo totalmente distinto aunque exista un sustrato material- podría tener consecuencias relevantes en el ámbito de la prueba del daño moral. Precisamente, como hemos sugerido más arriba, la dificultad que plantean los hechos psicológicos o estados mentales entre los que encontramos sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades -más allá de su estatus ontológico-, es la de su accesibilidad al conocimiento. Taruffo enseña que para estos hechos no sirven automáticamente las mismas técnicas probatorias que para los hechos materiales. Por lo menos, deberían ser adaptadas²². ¿Cómo podemos conocer que una persona distinta de nosotros mismos está sufriendo o ha sufrido? ¿Cómo podemos saber si es sincera en sus manifestaciones? ¿Cómo medir la magnitud de esos sentimientos?

En esta senda, en la doctrina nacional han aparecido criterios dispares en cuanto a los estándares probatorios²³. Así, por ejemplo, algunos distinguen según que el daño moral provenga de hechos ilícitos o de un incumplimiento contractual, exigiendo en este último caso una prueba más clara y categórica. Otros proponen una presunción *iuris tantum* acerca de su producción en el caso de acciones antijurídicas, de modo tal que corresponda al demandado la prueba en contrario. En general, no se exige prueba *directa* del daño ni se exige pericia psicológica o testimonial alguna que de cuenta del estado anímico de la persona damnificada. Un requerimiento que

(21) Una dificultad que podría plantearse al reducir los estados mentales a procesos neuronales es qué pasa cuando, por ejemplo, el daño -*v.gr.* el perjuicio anímico- se produjo en un determinado momento y no subsiste a la fecha de la actividad probatoria. ¿Habrán dejado alguna huella cerebral que nuestra ciencia todavía no es capaz de reconocer? Y si así no fuera, ¿cómo debería probarse el daño entonces?

(22) TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Trotta, pp.159-160.

(23) PIZARRO, Daniel, *cit.*, pp.622 y ss.

no resultaría irrazonable si pensamos en el rasgo de los estados mentales que los concibe como causalmente eficaces, según vimos más arriba²⁴.

La mayoría, sin embargo, asume que la prueba idónea para acreditar el daño extrapatrimonial es la indiciaria o presuncional, aquella en que, a partir de un hecho conocido, se razona -por inducción, deducción o abducción crítica- la existencia de un hecho desconocido²⁵. De la acreditación de un hecho como podría ser la muerte de una persona y el vínculo existente con sus hijos puede *inferirse*, por ejemplo, el menoscabo espiritual que experimentan estos últimos²⁶. El interrogante que aparece a continuación es cuáles son las bases sobre las que se realiza ese razonamiento. Pues si bien es cierto que de ordinario la muerte de una persona afecta emocionalmente a sus allegados, esto no es más que una *generalización* que no necesariamente debe verificarse en el caso concreto.

Estas generalizaciones forman parte de lo que los procesalistas denominan las máximas generales de la experiencia que todo juez debe poseer -en mayor o menor medida- para “justipreciar” los llamados medios confirmatorios de las pretensiones deducidas por las partes y que se engloban bajo el sintagma de la “sana crítica racional”²⁷.

No resulta inconcebible -sino más bien plausible- que ciertas regularidades, leyes naturales o generalidades formen parte del conocimiento del juez. ¿Pero deben aplicarse, sin más, a la acreditación de los estados mentales de las partes cuyo acceso directo y privilegiado solo lo tiene la persona que lo experimenta y a los cuales el juez solo puede aproximarse indirectamente? La pregunta se vuelve más acuciante cuando el juzgamiento debe limitarse al caso concreto, ya que debe determinarse no solo la existencia del daño -ésta puede quedar, en mayor o menor medida, supeditada a las generalizaciones señaladas- sino su magnitud donde se hace aún más necesaria la prueba particularizada.

La resolución, se ha dicho, debe señalar los elementos tenidos en cuenta por el juez para la evaluación del daño moral que se traduce en una doble operación: en primer lugar, debe considerar las circunstancias que *en abstracto* pueden incidir en la magnitud del daño ocasionado (personalidad, índole de las lesiones sufridas,

(24) Además, cabe tener en cuenta que el dolor emocional no es el único estado mental que debe ser probado. Infinidad de estados mentales se encuentran involucrados en los supuestos de hecho que contemplan las normas. Las intenciones, por ejemplo, son un caso paradigmático.

(25) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal*, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 66.

(26) PIZARRO, Daniel, cit., pp. 627-628.

(27) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, cit., pp.120-122. Los seres humanos poseemos cientos de generalizaciones referidas a estados mentales que nos permiten explicar, e incluso predecir, nuestras conductas. Son un conjunto de enunciados generales o leyes rudimentarias que constituyen una teoría o marco de referencia a partir del cual comprendemos cómo funcionan los seres humanos. Es lo que se ha denominado la “psicología corriente” y es una teoría profundamente arraigada en la cultura y el lenguaje humanos. CHURCHLAND, Paul M., cit., pp. 95-97.

extensión del daño en el tiempo, la divulgación del hecho cuando lo lesionado es el honor o la intimidad de una persona), para luego, en un segundo momento, evaluar cuál es la influencia que tienen en el caso concreto. Justamente: “Este examen valorativo de segundo grado en concreto contiene un componente importante de *discrecionalidad subjetiva* del juez, ya que éste debe asignar valor cualitativo a la magnitud del daño en base al caso particular”²⁸.

Esa “discrecionalidad subjetiva”, a nuestro modo de ver, aparece necesariamente porque no basta una subsunción del caso en ciertas generalizaciones o regularidades. Siempre queda abierta la pregunta acerca de si la valoración es correcta dada la índole mental del hecho que se pretende evaluar y al que es imposible o muy dificultoso acceder desde un punto de vista externo. Aquí hay un primer rasgo de subjetividad al establecer la *magnitud* del daño derivado de su accesibilidad indirecta.

Es por ello que, para algunos, pueden parecer insuficientes las simples facultades del juez para establecer “objetiva y presuntivamente” el agravio moral, basándose en las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima²⁹. Desde luego, como observa Queruz Chemes, podríamos preguntarnos si no es un perito quien está en mejores condiciones de “arrimar conclusiones fundadas que le permitan tener una perspectiva especializada a la autoridad”. Según esta profesional, “las apreciaciones acerca del daño moral (...) pueden ser aportadas por el perito psicólogo toda vez que está facultado para *objetivar* los distintos estados emocionales, fluctuaciones anímicas, pensamientos atendiendo al contexto de la conducta en el cual emergen y su relación con la situación particular; no pueden estas observaciones ser realizadas de manera válida por un juez o magistrado como profesional del derecho sin munirse del material empírico aportado por el perito siempre que exista una labor interdisciplinaria”³⁰.

Con todo, la doctrina y jurisprudencia preponderante, quizás está más de acuerdo con aquello que observa Papayannis³¹: que el dolor sea una experiencia subjetiva, privada y solo cognoscible por quien lo padece no impide que su existencia e intensidad puedan ser inferidas, con tal que dichas inferencias, a partir de hechos que podemos registrar como observadores externos, sean admitidas como *probabilísticas*. Esto implica que algunas conclusiones pueden ser derrotadas por evidencia en contrario. Así, nos señala este autor, la creencia en el sufrimiento que inferimos por la muerte de un cónyuge puede ser derrotada si se acredita que la pareja había terminado su relación sentimental.

(28) MARCELLINO, Leonardo, cit., p. 439.

(29) Bustamante Alsina, Jorge citado por PIZARRO, Daniel, cit., p. 626.

(30) QUERUZ CHEMES, Andrea. “Puntos de encuentro entre daño psíquico y daño moral”, *Comercio y Justicia*, 04-10-19, en <https://comercioyjusticia.info/opinion/puntos-de-encuentro-entre-dano-psiquico-y-dano-moral/>

(31) PAPAYANNIS, Diego M., cit. p. 19.

Lo que se quiere destacar aquí no es si los estándares probatorios actualmente vigentes resultan apropiados. Más bien se intenta poner de manifiesto que aquellas particularidades ontológicas que señalamos en el apartado anterior acerca de los estados mentales (conciencia, intencionalidad, eficacia causal y subjetividad) tienen, sin duda, consecuencias en la faz epistémica y se encuentran ligadas a una subjetividad hasta el momento insuperable.

Además, aun cuando las exigencias probatorias -por caso, la pericia psicológica- nos proporcionaran elementos que permitan alcanzar con mayor rigor la magnitud de sufrimiento o el padecimiento experimentado, la pregunta acerca de qué cantidad de dinero resulta suficiente para resarcirlo se encuentra pendiente. Podríamos saber, con mayor o menor certeza, de qué manera el hecho dañoso ha influido en el ánimo de la víctima, si ha resultado verdaderamente un evento doloroso e insuperable o si, por alguna otra razón, se le ha presentado, simplemente, como un hecho lamentable pero transitable anímicamente que no supera el umbral de una molestia. También podríamos establecer si estamos frente a un sufrimiento razonable o irrazonable³². Aun así, nos preguntaríamos cuánto deberíamos acordar por ello o qué suma es adecuada para su reparación.

A pesar de los rasgos que posee el dolor como estado mental, aun sería posible alcanzar una ordenación en cuanto a su gravedad³³. Resulta evidente, según nuestra experiencia, que no es igual de intenso el dolor por la pérdida de un familiar que quizás la angustia provocada por la frustración de un negocio inmobiliario. Sin embargo, cuando pretendemos trasladar esa magnitud a una suma dineraria, la pregunta sigue pendiente: ¿Qué cabe decir, finalmente, de la cuantificación? ¿Cómo podemos traducir esa valoración del juez -aunque no sea del todo subjetiva- en una suma de dinero? ¿En qué medida facilita o entorpece esa operación la exigencia legal de ponderar placeres compensatorios? A ello nos abocaremos en los próximos apartados.

V. Daño moral y cuantificación

Aun cuando podamos esclarecer el “contenido” del daño moral, esto es, qué hechos -del tipo que sean- deben ocurrir para que la indemnización sea procedente tanto en su existencia como en su magnitud, resta fijar la suma de dinero que

(32) Papayannis señala esta distinción como límite a la indemnizabilidad de este tipo de daños. “El contexto determina cuándo es apropiado sufrir, con qué intensidad, y cuándo además corresponde o es permisible expresar públicamente ese sufrimiento. Dentro de ciertos márgenes de diversidad, el dolor tiene sus grados, su tiempo y forma de expresión. No es adecuado llorar por cualquier razón, sino que las lágrimas deben reservarse para ocasiones realmente importantes”. De allí este autor concluye: “La clave está en comprender que quien no logra aceptar con resignación un dolor que es habitual, o quien sobrepasa los límites del sufrimiento socialmente apropiado, no puede trasladar su propia responsabilidad a otras personas. No son ellas quienes deben evitar, sino uno mismo quien debe controlar”. PAPAYANNIS, Diego M., cit., p. 24.

(33) PAPAYANNIS, Diego M. *Ibidem*, p. 27.

constituirá esa indemnización. La doctrina ha sabido distinguir entre la magnitud o *valoración* del daño moral y su *cuantificación*³⁴. Mientras que la primera atiende a una determinación “cualitativa” que supone indagar en la mayor o menor afectación anímica o emocional, “con sus oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras” que un evento puede producir en una persona³⁵, los métodos de cuantificación aspiran a tender el puente entre esa magnitud y un monto pecuniario o suma de dinero que cumpla, en definitiva, la función resarcitoria.

Los intentos variados que han tenido lugar en ese sentido llevan ínsita la pretensión de establecer criterios de corrección con los cuales poder evaluar la resolución que dicta el juez. Aparece aquí, nuevamente el propósito de eliminar la subjetividad como rasgo que impide el control de la justificación sentencial. En otras palabras, si existen tales pautas o métodos entonces podemos saber *objetivamente* si la resolución es correcta y, a la par que se elimina la arbitrariedad -aunque no la discrecionalidad- en la fijación de los montos indemnizatorios, se gana en previsibilidad y seguridad jurídica.

La pregunta es cómo deben ser los parámetros para que podamos hablar de objetividad. En una primera aproximación y volviendo a los conceptos vertidos en párrafos precedentes, la objetividad se predica de una proposición cuya referencia vendría a ser un hecho u objeto. Una afirmación acerca del *quantum* de una indemnización para ser objetiva debería corresponderse con la ocurrencia de un hecho.

En los daños materiales este extremo puede verificarse más fácilmente. Es un hecho, por ejemplo, que el salario que percibe una persona y que suele utilizarse para cuantificar los daños por incapacidad tiene un determinado valor en pesos. El valor de la reparación de los perjuicios producidos en una cosa (*v.gr.* la mano de obra y repuestos de un automotor), el precio de reposición de un determinado objeto, los ingresos que dejó de percibir un individuo por el hecho dañoso, todos son hechos susceptibles de -en mayor o en menor medida- ser alegados y probados. Más aún, si tales hechos -los que hacen a la cuantificación del daño patrimonial- no son probados en la oportunidad procesal pertinente acarrear el rechazo del rubro en cuestión más allá de que el daño (lesión) en sí se halle debidamente acreditado.

No existe un hecho tal en el ámbito del daño extrapatrimonial. Ni las afecciones de las personas ni el bienestar espiritual de los individuos poseen un valor económico del mismo modo que lo poseen las cosas materiales. A diferencia de lo que ocurre con los bienes patrimoniales, no existe un mercado capaz de poner precio a la tranquilidad de espíritu. Si el dinero funciona como un instrumento de cambio y el mercado sirve para fijar la cuantía de ese dinero que es necesaria para llevar

(34) OSSOLA, Federico A. “El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas”, *RCyS*, Año XIX, Número 11, Noviembre 2017, p. 11.

(35) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, T. II, Alve-roni, Córdoba, p. 702.

a cabo la transferencia de los bienes, poniéndolos en manos de quienes más los valoran (al menos teóricamente), al carecer de esta posibilidad, porque los bienes espirituales se hallan fuera del comercio, la cuantificación en dinero del daño moral lisa y llanamente no puede hacerse.

Por ende, salvo que se caiga en un realismo ingenuo acerca del valor *monetario* de un daño extrapatrimonial, suponiendo de algún modo que ese valor existe como hecho, la cuantificación nunca podrá alcanzar este grado de objetividad. Como hemos observado, el reconocimiento mismo del carácter extrapatrimonial del daño descarta de plano esa hipótesis. Solo los bienes y las cosas que integran el patrimonio pueden tener ese valor. Los sentimientos, las emociones, la capacidad intelectual y volitiva carecen de esa propiedad.

En el ámbito de la *valoración* del daño extrapatrimonial parece existir, entonces, una cierta objetividad que proviene de un trasfondo común y que se traduce en una convergencia acerca de las circunstancias que pueden provocar, agravar o menguar la afectación espiritual. Ese trasfondo es la teoría que subyace a la psicología corriente. A tal punto que, en general, no se achaca un déficit a los jueces en este tramo. La objetividad de la resolución viene dada por una *justificación adecuada* de la estimación llevada a cabo, conforme a esas máximas de experiencia que aludimos más arriba y las exclusiones que pueden surgir de la prueba aportada por la contraria.

El problema se presenta cuando el magistrado ingresa al segundo tramo de la justificación que implica poner un número en dinero a la magnitud establecida en la valoración del daño extrapatrimonial. Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se ensayaron diversos métodos para proceder a la cuantificación. El primero directamente lo dejaba a la discrecionalidad del juez. Claramente, en estos casos no podía hablarse de objetividad alguna y menos aún de control por parte de los litigantes o de una instancia de revisión. La suma que acordaba el juez no encontraba parangones con los cuales evaluar la adecuación con el daño infligido. Si el principio de reparación integral que subyace al sistema de responsabilidad se plasma en cuatro reglas fundamentales que, básicamente, exhortan a que la indemnización no sea ni mayor ni menor al perjuicio, cómo puede satisfacerse esta exigencia.

De allí que algunos autores propusieron como método la cuantificación por tarificación judicial. Se pretendía dar, de este modo, algún tipo de certidumbre y predictibilidad a la indemnización que iba a acordar el juez. En general, se rechazaba la idea de una tarificación legal, ya que se vería vulnerado el principio de reparación integral en función de tendencias economicistas que -atendiendo a intereses sectoriales, *v.gr.* corporaciones económicas o aseguradoras- llevaran a la baja las indemnizaciones fijadas. A ello se sumaba el persistente fenómeno inflacionario que siempre dejaría desactualizados los montos previstos.

Por ello se propugnaba un sistema tarifario flexible, que fuese fruto de decisiones judiciales reiteradas y coincidentes, las que, con el tiempo, generarían baremos

ordenadores de tales resoluciones para la consulta fácil y expedita de jueces, abogados y litigantes³⁶. Un problema era que, efectivamente, se generase esa coincidencia en la cuantificación de las indemnizaciones. Si bien se propiciaba la consulta de casos análogos para establecer el *quantum* resarcitorio (jurisprudencia), los jueces no necesariamente estaban de acuerdo con sus predecesores acerca de la cantidad asignada, lo que se veía agravado -como ya dijimos- por la inflación reinante. Además, aun cuando fuese posible encontrar un supuesto anterior similar -y este no era siempre el caso-, quedaba abierta la cuestión acerca de en qué medida los supuestos contrastados eran semejantes. Se hacía la salvedad, entonces, de que las justipreciaciones no debían trasladarse automáticamente al nuevo supuesto, sino que debían ajustarse a las circunstancias de las distintas causas.

A pesar de que esta última fue la tendencia doctrinaria y jurisprudencial prevalente antes de la sanción del Código Civil y Comercial, las dificultades apuntadas no lograron establecer una jurisprudencia consolidada que permitiera dar mayor grado de certeza al resarcimiento del daño moral, más allá de que -a estos fines- los jueces efectivamente citaran fallos anteriores como justificación de sus decisiones³⁷. Menos aún se logró una publicación o baremo que sirviera de consulta en ese sentido.

Frente a este panorama, la modificación del ordenamiento civil vino a proporcionar una nueva pauta para tener en cuenta al momento de cuantificar los daños extrapatrimoniales. El Código Civil y Comercial estableció que, en esa labor, el juez debe ponderar las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas de dinero reconocidas. A explorar este nuevo método de cuantificación dedicaremos la sección siguiente.

VI. Cuantificación y placeres compensatorios

Si bien la teoría de los placeres compensatorios ya había sido enunciada previamente y era propiciada por parte de la doctrina y alguna jurisprudencia³⁸, con el ordenamiento que entró en vigor en 2015 recibe consagración legal. El artículo 1741 del Código Civil y Comercial establece que “*El monto de la indemnización debe*

(36) PEYRANO, Jorge W., cit.

(37) Un estudio de la jurisprudencia cordobesa demuestra no sólo la disparidad de criterios de valoración, la dificultad de comparar valores a lo largo del tiempo -en el estudio se tomó como referencia el valor del *jus*, unidad económica destinada a regular honorarios de los profesionales intervinientes en el pleito- sino también la incongruencia que se desprende de los montos condenados cuando se comparan situaciones de tan diversa índole como el daño moral que surge de un incumplimiento contractual y el de la víctima que sufre la pérdida de un ser querido. MARCELLINO, Leonardo. “Valoración, cuantificación y satisfacción en el daño moral en la jurisprudencia cordobesa”, en JUAREZ FERRER, Martín (Dir). *Cuantificación del Daño. Región Córdoba, La Ley*, Buenos Aires, 2017, pp. 211-300.

(38) La Corte Suprema de Justicia de la Nación la adoptó, por ejemplo, en la causa “Baeza”, Fallos 334:376.

fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

La locución “satisfacciones sustitutivas y compensatorias” puede parecer un poco escurridiza, por no decir vaga. Sin embargo, los autores son contestes en decir que, a través de esta solución legal, se destaca el carácter instrumental que posee el dinero. De forma tal que queda claro que la indemnización pecuniaria que se otorga al damnificado en su integridad espiritual puede servir para procurarse ciertos placeres que funcionen como consuelo, pero, de ningún modo, podrá volverse al estado anterior en el que se encontraba el sujeto al producirse el evento dañoso. Esas satisfacciones podrán obtenerse mediante diferentes acciones para las cuales el dinero obtenido será de utilidad, *v.gr.* compra de ciertos bienes, disfrute de determinadas actividades que sean del gusto de la víctima, empleo de las sumas en iniciativas de caridad, etc. El dolor, la angustia experimentada, el perjuicio existencial provocado probablemente permanecerá.

Se fija así una pauta que el juez debe tener en cuenta a la hora de cuantificar el daño extrapatrimonial y, al correlacionarlo con algo material, la consideración de esas satisfacciones sustitutivas y compensatorias aparece como la solución que brinda mayor objetividad a la indemnización acordada.

El fundamento de esta teoría radica en que la imposibilidad de una valoración intrínseca del daño moral debe conducirnos en una dirección distinta. Esa dirección apunta a proporcionarle a la víctima una suma de dinero que, en vez de ponerle un precio a su dolor o sufrimiento, actúe más bien como un paliativo. La indemnización, en este caso, tiene como finalidad otorgar algún tipo de *bienestar* al perjudicado y ese bienestar es susceptible de ser alcanzado no solo a través de la adquisición de bienes o servicios “placenteros” sino también, por ejemplo, a través del cumplimiento de acciones o actividades altruistas. Se evita así ponerle un precio al dolor, con las resonancias negativas que en el ámbito moral adquiere un intento semejante, y se habla, en cambio, del precio del consuelo.

Desplazada la cuestión de acordar un valor pecuniario a las afecciones espirituales, se trata ahora de establecer qué bien o servicio puede fungir de consuelo y esta tarea, al volver de alguna manera al ámbito patrimonial, adquiere los visos de objetividad que detenta la cuantificación de los daños materiales. Tan es así que se insta a los demandantes a proponer en el escrito inicial las prestaciones lenitivas que estimen procedentes e incluso a probar su valor³⁹.

Como toda pretensión sea o no dineraria, el juez puede hacer lugar al reclamo incoado, rechazarlo o admitirlo parcialmente. Pero aquí se enfrenta con un problema que devuelve la cuestión de la cuantificación al ámbito de la subjetividad. Una interpretación de la teoría de los placeres compensatorios supone que los bienes o

(39) OSSOLA, Federico, cit., p. 26.

servicios que el damnificado propone le proporcionarán una satisfacción que, tal vez no en exacta equivalencia, pero sí de manera bastante aproximada, lo reponga en el estado anterior al evento dañoso.

Así, la idea de daño se aproxima a aquella correspondiente a la concepción del Análisis económico del derecho. Precisamente, este enfoque lo entiende como una desutilidad o disminución del bienestar. De allí que indemnizar el daño importaría, en otras palabras, restituir a la persona al nivel de bienestar en el que se hallaba al momento del evento lesivo⁴⁰.

El inconveniente es que comprometernos con la *satisfacción* de la víctima hace que la pauta de corrección de la cuantificación dependa -nuevamente- de un estado mental del damnificado, a saber: aquél en el que ha alcanzado un nivel de bienestar que lo compense de la pérdida espiritual sufrida. Ese estado mental, lamentablemente hay que decirlo, no se encuentra sujeto a criterios públicos de validación.

Como vimos, no es discutido en filosofía que existen experiencias (estados mentales) cuya verdad depende exclusivamente del sujeto. Estos estados mentales poseen un carácter especial -privado- porque es el propio sujeto el único que tiene acceso a ellos y su ocurrencia es improbable de manera externa. El dolor es, sin duda, uno de esos estados mentales. El placer es otro. Lo problemático es que, al depender su verdad de una perspectiva interna o en primera persona, la justificación de una creencia de tal tipo es simple y llanamente de tipo *subjetiva*. Es decir que, en principio, solo el demandante estaría en condiciones de indicar cuáles son las prestaciones -bienes o servicios- susceptibles de proporcionarle la mitigación del dolor o del perjuicio espiritual que se pretende resarcir.

Desde luego, esta forma de resarcir los daños que atiende en forma *exclusiva* a las percepciones o sensaciones del reclamante ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria. Los autores rápidamente ponen reparos a una conclusión semejante. Creen que el criterio de corrección no depende únicamente de aquello que postula la persona perjudicada como necesario y suficiente para reparar el perjuicio ocasionado. El sentenciante, dice Ossola, por ejemplo, podrá “entender que lo reclamado es desmedido en función del daño que se haya acreditado”, en cuyo caso se generan dos obligaciones para el juez: a) fundar adecuadamente (dar las razones de) por qué el bien o servicio que escoge constituye una satisfacción sustitutiva y compensatoria para la víctima; b) asignarle un valor económico⁴¹.

(40) Sobre las propuestas -y sus dificultades- que tiene este enfoque para establecer el *quantum* del daño extrapatrimonial puede verse ACCIARRI, Hugo A. *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, Ed. La Ley, pp. 135-175.

(41) OSSOLA, Federico, cit., pp. 26-27. Adviértase que el punto b) devuelve el asunto a una cuestión de hecho: cuál es el valor económico del bien o servicio que el juez elige como parámetro para cuantificar el daño, ya sea porque fue variado por el juzgador al encontrar que lo reclamado es desmedido o porque fue directamente determinado por él al haberlo omitido la víctima. En este caso,

Ahora bien ¿cuáles son las razones que puede brindar el juez para justificar que un determinado bien o servicio constituye la satisfacción sustitutiva y compensatoria que requiere la ley? ¿Sobre qué bases (fundamentos) puede afirmar el juez que un viaje, la compra de un bien específico o la asistencia a un espectáculo público es suficiente para servir de consuelo a la víctima? Es curioso que se recurra al conocimiento *privado* del juez⁴². Y no porque sea un recurso prohibido; al contrario, se presenta como la única vía remanente. Lo que causa perplejidad es que se crea que con esta operación se alcance un *quantum* más objetivo. La cuantificación que lleve adelante el juez será tan *subjetiva* como la que propone la parte, en el supuesto de que lo haya hecho.

De allí que no sorprenda una conclusión como la siguiente respecto de la introducción de los placeres compensatorios como método de cuantificación: “*De todas maneras, la pauta legislativa está; y lamentablemente pienso que no logrará la objetividad y uniformidad que se estaría persiguiendo. No porque los jueces desoigan la norma, sino porque cada reclamante y cada sentenciante podrán buscar pautas personales de ‘sustitución’ y así reinará casi la misma diversidad que hoy se critica*”⁴³.

No es extraño, entonces, que cause cierta perplejidad cuando una resolución comienza a enumerar los bienes que pueden adquirirse con el monto condenado⁴⁴. Desde luego, un juez puede figurarse o imaginar qué cosas, actividades o prestaciones proporcionarán placer a una persona promedio⁴⁵. Pero si de lo que se trata es de resarcir a una persona en particular, de nada sirve que el magistrado enumere bienes o servicios que pueden ser muy placenteros o satisfactorios para algunas personas

el precio del bien o servicio, dice el autor, puede fijarlo el juez mediante el empleo de internet. Véase la jurisprudencia citada *infra* en nota 42.

(42) OSSOLA, Federico, cit., p. 27.

(43) ABREVAYA, Alejandra D. “Desmitificando la cuantificación uniforme del daño moral y la visión materialista de la indemnización”, *La Ley online*, AR/DOC/1844/2018.

(44) Un ejemplo es el fallo emitido por la Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en “Sánchez, Alcira Estela c. Rivera Vargas, Genaro y otro”, Sentencia N°100, 30/08/2016. Para ejemplificar los placeres compensatorios, se hace alusión a bienes tales como un Smart TV, computadoras portátiles o sillas de rueda que proporcionen mayor confort al damnificado. Salvo este último supuesto, respecto del cual se podría pensar con mayor grado de acierto que cumple con la satisfacción compensatoria en función del tipo de lesión infringida a la víctima, los demás constituyen una mera enunciación que, al final de cuentas, se muestra absolutamente superflua o inconducente, por no decir arbitraria. La lista podría seguir y, quizás, ninguno de los bienes enumerados cumplirá -en concreto- el consuelo que se pretende acordar con la indemnización.

(45) Zavala de González opina que es suficiente que el resarcimiento cumpla *objetivamente* un papel compensador, en especial, cuando se trata de casos donde la víctima no puede ella misma disfrutar de la indemnización otorgada (*v.gr.* persona privada de conciencia o debilitada en sus facultades). En este sentido, con cita de jurisprudencia, la autora sostiene que la individualización de los bienes y servicios que compensarán a la víctima debe efectuarse desde la perspectiva de una condición patrimonial media. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, cit., T.III, pp. 95-96.

-incluso para la mayoría- y absolutamente irrelevantes para el damnificado a quien se debe compensar en el caso concreto.

No hace falta recordar que el listado de satisfacciones sustitutivas o compensatorias que el tribunal ponderó a los fines de la cuantificación del daño carece de vinculatoriedad alguna para la víctima. El demandante, en definitiva, podrá utilizar el dinero en aquello que realmente le plazca.

A partir de una lectura de Zavala de González y González Zavala, podemos hacer una interpretación distinta de la norma civil. Dado que, con anterioridad, los jueces establecían sumas de dinero sin correlacionarlas con estas prestaciones sustitutivas, lo que señalan los autores es que, muchas veces, podían condenar montos simbólicos o ínfimos que, en definitiva, no cumplían su función resarcitoria, máxime en una realidad económica cambiante e inestable como la que vive nuestro país⁴⁶.

Al cotejarla con el precio de bienes o servicios, el sentenciante puede tener una idea más acabada acerca de la adecuación de la suma acordada, si esta es insuficiente o excesiva, si ha sufrido una depreciación como consecuencia de las condiciones económicas, si, en resumidas cuentas, le resultará útil para satisfacer esa pretensión resarcitoria. *“Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, no ficticio, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento. Una condena por daños sólo es eficaz si una vez determinado el valor a resarcir, se lo mantiene invariable, a despecho de cambios macroeconómicos como la inflación, hasta que se cancela la prestación del obligado”*⁴⁷.

Creo que, a través de esta última concepción de los placeres compensatorios, lo que se intenta, más que acordar un valor dinerario al daño moral, es proporcionar un criterio de actualización o al menos de no depreciación de las sumas mandadas a pagar. El valor pecuniario se fija primero y luego se lo confronta con bienes o servicios para establecer su poder adquisitivo.

En reiteradas ocasiones, los jueces se ven condicionados por los montos pecuniarios reclamados por los accionantes, cuantificados mucho tiempo atrás y no ampliados en las oportunidades procesales pertinentes. Teniendo en cuenta los plazos que conllevan los litigios y los límites que le impone al magistrado el principio de congruencia, se corre el riesgo de que las indemnizaciones se vuelvan irrisorias. Resulta claro, entonces, que si el juez está atento al poder adquisitivo de la suma que manda a pagar, puede advertir su irrazonabilidad y, por consiguiente, la adecuará a fin de que el propósito compensatorio de la indemnización sea cumplido.

Por supuesto, el respeto del principio de congruencia que rige el procedimiento civil se plantea problemático. Sahab⁴⁸ destaca, precisamente, que cuando la parte

(46) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Ibidem*, p. 96.

(47) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Ibidem*, p. 97.

(48) SAHAB, Alejandro, cit., p. 157.

contraria ha tenido la posibilidad de conocer la satisfacción sustitutiva que pretende el damnificado -a través de su explicitación en la demanda- su derecho de defensa no se ha visto vulnerado, si el juez confiere un monto mayor al nominalmente reclamado. El condenado ha tenido la oportunidad de controvertir no solo la pertinencia del bien o servicio propuesto sino también su cuantía, de modo que, al ser una obligación de valor, el responsable sabe que la fijación del *quantum* será llevada a cabo en forma definitiva en la sentencia con los límites establecidos por la pretensión deducida. Las exigencias de congruencia, en el proceso civil, se plantean como una protección al derecho de defensa de las partes y a sus posibilidades de contestar las pretensiones de la contraria. Si esto se halla asegurado, no habría razón para que el magistrado se vea constreñido de forma estricta por el monto señalado por la víctima. La congruencia se vería satisfecha si se mantiene la correlación con la satisfacción sustitutiva sugerida.

Distinto es el caso en el que la demanda ha omitido brindar esa guía al juez, porque -como señalamos más arriba- es este quien habrá de señalar las posibles satisfacciones sustitutivas a las que apunta la normativa de fondo. Aquí no solo se vuelve más dudoso el respeto del principio de congruencia, sino que caemos en el subjetivismo que pretendimos expurgar.

Por último, y en consonancia con la índole eminentemente subjetiva del consuelo, los autores han señalado otro aspecto susceptible de dificultar el proceso. Si el reclamante propone una satisfacción específica -pongamos como ejemplo la realización de un viaje-, recae en sus espaldas la carga argumentativa de por qué ese bien cumplirá la función indicada y la carga probatoria tendente a acreditar su estilo de vida, modos en los que se procuraba placer o esparcimiento y todo aquel extremo que le permita apuntalar lo pretendido⁴⁹.

Esto conlleva, asimismo, que dos personas que han sufrido una lesión similar a sus intereses extrapatrimoniales pueden obtener indemnizaciones marcadamente diferentes ya que las sumas serán fijadas de acuerdo con el nivel de vida de cada damnificado. En la sección siguiente, volveremos sobre este punto al aludir a la gravitación que debería tener el principio de igualdad en la fijación de los montos resarcitorios.

En suma, ya sea porque perviven las dificultades para determinar las satisfacciones que cumplan con la función sustitutiva o compensatoria, ya sea porque no se elimina la subjetividad del juez o de la parte para determinar la cuantía del daño, la solución propuesta por el ordenamiento civil actualmente vigente no termina de remediar la intrincada operación que significa la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales.

(49) Véase en este sentido, el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca citado por MARCELLINO, Leonardo, cit., p. 293.

Con todo, creo que existen formas de desechar las visiones pesimistas que pueden cernirse sobre este asunto. Cuando los autores señalan que algunos reclamos pueden ser abusivos o desmesurados, suponen que hay montos o sumas de dinero que pueden correlacionarse con ciertos daños extrapatrimoniales y otros no. Cuando critican las sentencias dictadas por conceder sumas simbólicas⁵⁰, dejan entrever una opinión similar. Aunque sea marginal, existen ciertos consensos profundos acerca de que ciertas sumas de dinero son más adecuadas que otras para paliar los daños espirituales, según las circunstancias. Sin embargo, no deja de ser extraño que esa fijación quede reservada exclusivamente a los sujetos que intervienen en el proceso (juez y partes), cuando una participación más amplia podría crear condiciones de justificación de aquello que se nos vuelve tan esquivo. El próximo apartado será dedicado a este punto.

VII. Cuantificación y justificación intersubjetiva

Si los reparos a la subjetividad que entraña la cuantificación del daño extrapatrimonial no pueden ser superados, al menos no completamente, por la adopción de una teoría como la de los placeres compensatorios, cabe preguntarnos qué posibilidad existe de que alcancemos cierta objetividad.

La solución puede ser brindada a través de un análisis de la objetividad en términos diversos a los aquí planteados. La objetividad del *quantum* del daño moral ya no vendrá ligada a la prueba de un hecho, ni al del valor de un bien o servicio. Aunque no necesariamente, este tipo de objetividad inalcanzable -a nuestro modo de ver- en el ámbito del daño extrapatrimonial como venimos argumentando, tiene resabios de un cierto *realismo* cuya pretensión es la exacta correspondencia de los juicios con una realidad externa independiente del sujeto cognoscente.

Por el contrario, una noción diferente de objetividad se basa en los procesos de justificación, es decir, depende de que una creencia esté apoyada (fundamentada) en *buenas razones* tales como estas se conciben en una determinada comunidad epistémica y no de su correspondencia con una realidad trascendente. Dado que esos procesos tienen una naturaleza constitutivamente *dialéctica*, la calificación de las creencias individuales como objetivas requiere una apelación a cómo justifican o fundamentan los demás sus creencias⁵¹. En este sentido, si bien la objetividad no se identifica con la intersubjetividad -no es igual a ésta- la implica⁵².

Creo que una visión semejante se encuentra detrás de los intentos por instaurar un régimen de tarificación judicial indicativa. Cuando la doctrina sugiere que el juez debe atender a las sumas acordadas por otros tribunales en casos análogos, lo que

(50) ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde, cit., T.III, p. 96.

(51) DE BUSTOS, Eduardo, cit. p. 90.

(52) OLIVÉ, Leon. "Racionalidad, objetividad y verdad", Ib. (Ed.) *Racionalidad Epistémica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, p. 101.

está proponiendo es, precisamente, que varias personas, que varias voces -en este caso de los jueces- vayan formando lo que podemos denominar una *convención* que establezca parámetros de guía para la valuación económica del daño moral.

En realidad, visto con detenimiento, los precios poseen -en el fondo- un carácter convencional, más allá de que en la valuación de los bienes que se intercambian en el mercado operen ciertas variables (oferta, demanda, etc.) que a la postre resultan en un mayor o menor precio. La cuestión sobre la valuación o cuantificación se transforma así en una cuestión de método o, si se quiere, de técnica resarcitoria. Como dice Zavala de González: "(...) dado que *debe* fijarse una indemnización dineraria, hay que buscar *cómo* hacerlo, reflexionando siempre *para qué* se indemniza (...)"⁵³.

De lo reseñado hasta aquí, nos parece insuficiente confiar en el solo raciocinio del juez -considerado individualmente- para fijar la cuantía indemnizatoria en materia de daños extrapatrimoniales. Las distintas críticas a un sistema de puro arbitrio así lo han dejado planteado. En su lugar, más bien, sería necesario contar con varias opiniones que establezcan un *quantum* que pueda ser razonablemente aceptado por la ciudadanía.

Ahora bien: ¿por qué hemos de dejar la configuración de un acuerdo semejante solamente a los jueces? ¿Por qué no convocar a todos aquellos que puedan tener un interés en el asunto? Si se trata, en definitiva, de llegar a un acuerdo: ¿por qué no ampliar la participación y tomar una decisión mediante la intervención de sujetos que representen distintos estratos de la sociedad?

Lo que se propone es la formación de una convención⁵⁴ que, aun cuando no determine en forma exhaustiva ni rígida cuánto corresponde por cada situación de lesión espiritual, al menos funja como parámetro de *orientación* a partir del cual los tribunales puedan hallar la respuesta más acorde con las circunstancias del caso. Como toda convención requiere de la participación de varias personas y que esas personas posean cierta representatividad de los distintos sujetos implicados en la cuestión, no sólo el público en general, sino también aquellos sectores cuyas fuerzas de negociación nos ponen en guardia.

Será necesario, en este caso, un ámbito institucional que garantice la equidad de los convocados. El derecho comparado ofrece distintos ejemplos de cómo o en qué condiciones confeccionar esta suerte de baremos o pautas orientativas. Abrevaya⁵⁵ señala los casos de Inglaterra, Bélgica y Alemania. En el caso de Bélgica, más precisamente, nos relata la autora, la tabla o baremo es "el resultado del trabajo de un equipo multidisciplinario compuesto por miembros de asociaciones de víctimas,

(53) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento del daño moral*, Astrea, p. 71. Cursiva en el original.

(54) Sobre el concepto de convención se puede consultar el interesante estudio de ARENA, Federico José. *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, 2014.

(55) ABREVAYA, Alejandra. D., cit.

abogados, aseguradoras, jueces y otras asociaciones profesionales". También nos advierte de que estas pautas orientativas no implican *per se* una mayor objetividad, pero sí, al menos, reflejan un acuerdo general de la comunidad jurídica y social, que puede partir, incluso, de los propios precedentes judiciales. Se establece así un diálogo entre jueces y otros actores sociales que tiende dar mayor legitimación a las soluciones propuestas.

En cierto sentido, como toda convención, los montos que vayan surgiendo también serán arbitrarios. Cualquiera, en última instancia, puede impugnar el *quantum* por insuficiente o excesivo. A esto, creemos, apunta la autora cuando indica que arribar a ese acuerdo no implica por sí mismo mayor objetividad. Sin embargo, es de esperar que la aquiescencia de una mayoría -incluso agravada si se quiere- en el seno del ámbito institucional que se elija para producir el baremo o tabla, decante en una aceptación general, aunque sea con reservas. La razonabilidad de una solución no viene -necesariamente- de una aceptación unánime, sino del reconocimiento de que, aunque no se esté completamente de acuerdo, existen razones en aquellos que la proponen que no se pueden rechazar.

Suele criticarse a los regímenes tarifados porque no contemplan las complejidades del caso puntual, omiten la consideración de sus particularidades. Zavala de González, por ejemplo, insiste en este punto, aunque para defender el concepto de daño que atiende a las proyecciones nocivas de las lesiones y no a aquel otro que se centra en la afectación de un interés. Si bien puede haber situaciones similares, la autora destaca que el análisis no puede detenerse en la lesión a un interés de la persona en abstracto (*v.gr.* a mantener incólume su salud personal) ya que no se tendrá cabal idea del real menoscabo producido: "Metafóricamente hablando, la lesión es una herida, y deben precisarse sus características; pero también averiguar cómo y cuánto duele"⁵⁶.

Desde luego, cada caso presentará sus particularidades y el juez deberá tenerlas en cuenta. No obstante, los baremos sirven de guías o pautas orientativas para los tribunales que deberán ajustar los supuestos generales al caso singular, según las circunstancias presentadas. El juez contará con un valor de referencia a partir del cual elevará o disminuirá la indemnización conforme los pormenores del hecho dañoso, la situación de la víctima y, por supuesto, la prueba recolectada.

Si el baremo se construye sobre la base de un proceso suficientemente abierto y democrático, esta justificación -en última instancia procedimental- de la cuantificación dineraria trasladará sus efectos legitimantes a la decisión judicial que lo tome como parámetro. No releva al magistrado de su adecuación a la situación de hecho que se le presenta, pero, al menos, le proporciona un marco donde su poder decisorio deja de ser arbitrario para pasar a ser *discrecional*.

(56) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, cit., p. 6.

En algún otro lugar⁵⁷, hemos defendido también -en vistas de las particularidades que posee el daño moral- una visión pluralista en cuanto a los objetivos de la responsabilidad civil, aquella que no solo atiende a la justicia correctiva sino también a la igualdad como principio. La teoría de los placeres compensatorios tiende a subrayar más que a corregir los efectos distributivos negativos del derecho de daños tal como está planteado. En efecto, si la situación económica de la víctima influye de manera decisiva en la elección de los bienes y servicios que sirven de consuelo para paliar el daño, el *quantum* indemnizatorio se vuelve así “sensible a la riqueza”⁵⁸. Una ponderación del principio de igualdad puede ser realizada en la deliberación que conduzca a la tarificación de los daños para neutralizar, de algún modo, los efectos regresivos del sistema.

VIII. Conclusiones

Las demandas de objetividad con relación a la cuantificación de la indemnización del daño moral difícilmente puedan ser satisfechas con la sola ponderación de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que establece el artículo 1741 del Código Civil y Comercial. Si bien pueden representar un paso adelante en el sentido indicado, nos parecen insuficientes. Hemos intentado precisar de qué manera subsiste presente la subjetividad del juez y de las partes, lo cual conspira en contra de las exigencias normativas en torno a la justificación de la sentencia. Por ello, se propone una tarificación legal que oriente la labor de los magistrados. Esa tarificación deberá partir de un ámbito institucional en el que se garantice la mayor participación de los interesados en el asunto, de modo que las soluciones propuestas cuenten con la legitimidad que garantiza la intersubjetividad y la deliberación.

(57) LÓPEZ, Julio Mariano. “Cuantificación del daño extrapatrimonial y justicia distributiva”, *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho (UNC), Vol. IX N°1, Nueva Serie II (2018), p. 123. KEREN PAZ, Tsachi. *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

(58) JUAREZ FERRER, Martín. “Cuantificación del daño moral por escalas”, p. 308.

VICIO DE LOS ACTOS JURÍDICOS: LESIÓN*

VICE OF THE LEGAL ACTS: INJURY

*Alejandro José Barilari (h)***

*Natalia Elizabeth Carrizo****

*Evangelina Inés Suárez*****

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo examinar los elementos esenciales para la procedencia del vicio de lesión en base a la resolución dictada por la Excelentísima Cámara 1° en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba en los autos caratulados: "Cheble, Abdón Antonio c/ Raisz, Alberto José - Ordinario. Simulación. Fraude. Nulidad"- (Sent. Nro. 65 de fecha 29/06/2021). Motivó el presente, el siguiente interrogante: ¿Hasta qué punto se puede soslayar la autonomía de la voluntad explicitada por las partes contratantes en el contrato/ acto jurídico? A tal fin, examinaremos si nos encontramos ante una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica de una de las partes (parte débil), frente a otra (parte en estado de superioridad) que explotando esa necesidad o aprovechamiento de su situación de superioridad, consiguió ventajas inicuas en el contrato cuya nulidad se pretendió; o si simplemente se trató de un acto voluntario, lícito, celebrado de buena fe por ambas partes. La lesión es una excepción a la regla que no debe ser utilizada para eludir la obligación de cumplir con el contrato. Por este motivo, se la considera que es de interpretación restrictiva, debiendo optarse, en caso de duda, por el cumplimiento para no destituir el principio de seguridad en los actos jurídicos.

Palabras-clave: Lesión - Desproporción de las prestaciones - Ligereza - Aprovechamiento.

* Trabajo recibido el 16 de febrero de 2022 y aprobado para su publicación el 23 de marzo del mismo año.

** Abogado. Profesor Ayudante A de Derecho Privado I, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor del Seminario de Práctica Profesional, carrera Martillero y Corredor Público, Universidad Empresarial Siglo 21. Correo electrónico: alejandro.barilari@unc.edu.ar.

*** Abogada Esp. en Derecho Procesal. Profesora Ayudante A de Derecho Privado I, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: natalia.carrizo@unc.edu.ar

**** Abogada Esp. en Derecho Procesal. Profesora Ayudante A de Derecho Privado I, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Prosecretaria Letrada del Poder Judicial de Córdoba. Correo electrónico: evangelina.suarez@unc.edu.ar

Abstract: The objective of the present work is to examine the essential elements for the origin of the injury vice based on the resolution issued by the First Chamber of the Civil and Commercial Law of the city of Córdoba in the documents entitled: "Cheble, Abdón Antonio c / Raiz, Alberto José - Ordinary. Simulation. Fraud. Nullity"- (Sent. No. 65 dated 06/29/2021). The work was motivated in the following question: To what extent can I avoid the autonomy of the will made explicit by the contracting parties in the contract / legal act? To this end, we will examine whether "in truth we are faced with a situation of economic, psychological or psychological inferiority of one of the parties (weak party), compared to another (party in a state of superiority) that exploiting that need or taking advantage of their situation of superiority, the superior party obtained innocuous advantages in the contract whose nullity was sought; or if it was simply a voluntary, lawful act, performed in good faith by both parties. The injury is an exception to the rule, which should not be used to evade the obligation to fulfill the contract. For this reason, it is considered to be of a restrictive interpretation, having to opt, in case of doubt, for compliance, so as not to dismiss the principle of security in legal acts.

Keywords: Injury - Disproportion of benefits - Lightness - Exploitation.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Aspectos Generales del vicio de lesión. IV. Actos jurídicos en los que resulta aplicable. V. Elementos para la procedencia del vicio de lesión. VI. Examen de los elementos para la procedencia del vicio de lesión en el fallo objeto de análisis. VI. a). Desproporción de las prestaciones. Doctrina judicial. Votos en disidencia. VI, b). Ligereza o debilidad psíquica como situación de inferioridad. Aprovechamiento de la parte contratante. Doctrina judicial. Votos en disidencia. VII. Conclusión.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo examinar los elementos esenciales para la procedencia del vicio de lesión.

Motivó el interés en el tema, la resolución dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba en los autos caratulados: "Cheble, Abdón Antonio c/ Raiz, Alberto José - Ordinario. Simulación. Fraude. Nulidad" - (Sent. Nro. 65 de fecha 29/06/2021). En el caso, las partes intervinientes celebraron un contrato de permuta en virtud del cual se entregaban recíprocamente en propiedad un inmueble a cambio de otro de diferente valor.

La discrepancia de criterios entre la mayoría y la minoría del tribunal al momento de resolver la cuestión litigiosa, generó la inquietud de analizar cuándo la presencia de los requisitos establecidos en el artículo 954 del Código Civil (hoy artículo 332 del Código Civil y Comercial de la Nación) se presenta, sin que llegue a vulnerar el principio rector que rige a todas las relaciones jurídicas privadas: la "autonomía de la voluntad", tan celosamente protegido por el propio autor del anterior código, Dalmacio Vélez Sarsfield.

En síntesis, a través del comentario del fallo mencionado, intentaremos examinar si en verdad nos encontramos ante una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica de una de las partes (parte débil), frente a otra (parte en estado de superioridad) que explotando esa necesidad o aprovechamiento de su situación de superioridad, consiguió ventajas inicuas en el contrato cuya nulidad se pretendió; o si simplemente se trató de un acto voluntario, lícito, celebrado de buena fe por ambas partes.

II. Hechos

La parte actora en su demanda solicitó se declare la nulidad del contrato de permuta celebrado el 8 de marzo de 2013.

Mediante dicho acto jurídico, el demandado intercambiaba en propiedad y pleno dominio al actor un inmueble ubicado en el edificio “Gran Galería Comercial del Centro”, en el primero piso de la calle San Martín N 60/64/66/68 a cambio de una fracción de terreno con todo lo edificado, clavado y plantado, ubicado en Barrio Inglés del municipio de la ciudad de Córdoba, adyacente al pueblo General Paz, calle Charcas con una superficie total de quinientos cuarenta y seis metros cuadrados.

Fundó el demandante su pretensión en la diferencia que existía en la base imponible de sendos inmuebles, además de la situación subjetiva en que se encontraba toda vez que había sido intervenido quirúrgicamente; y al día siguiente, cuando se le dio el alta, se apersonó el demandado y aprovechándose de su estado de salud, logró que suscribiera el acto jurídico que ataca de nulo.

La demandada negó todos y cada uno de los hechos afirmados en la demanda, especialmente, que hubiera sido sorprendido el actor a fin de suscribir el contrato de permuta. Negó terminantemente el estado de inferioridad del Sr. Cheble, la desproporción en las prestaciones y, por consiguiente, la presunción de aprovechamiento.

En primera instancia se hace lugar a la demanda y se declara la nulidad de la permuta celebrada por las partes. La parte demandada interpone recurso de apelación en contra del decisorio.

III. Aspectos generales del vicio de lesión

El caso fue resuelto bajo el amparo de la ley vigente al tiempo de celebración del acto jurídico que se ataca de nulo. Esto es, el artículo 954 del Código Civil de Vélez cuya redacción poco ha variado en lo atinente a sus requisitos para su procedencia en el Código Civil y Comercial.

Sabido es que los actos jurídicos se celebran para ser cumplidos; motivo por el cual, los vicios son de interpretación restrictiva.

Existe vicio de lesión cuando el acto celebrado por la persona que resulta lesionada es un acto voluntario, es decir, dotado de discernimiento, intención y libertad;

pero resulta aquélla afectada en su buena fe por la explotación de la situación peculiar en que se encuentra.

En consecuencia, el vicio de lesión tiene por objeto suprimir el elemento “buena fe” que integra el negocio jurídico (artículo 1198 del Código Civil, hoy artículo 961 del Código Civil y Comercial). La invalidez responde desfavorablemente a una conducta que se encuentra “fuera” del negocio mismo.

IV. Actos Jurídicos en los que resulta aplicable

El Código Civil y Comercial no indica qué actos son susceptibles de nulidad o modificación por vicio de lesión - sólo dice «actos jurídicos»- (artículo 332 del Código Civil y Comercial); será entonces tarea de los operadores jurídicos circunscribir el campo. En este sentido Tobías considera que resulta aplicable en los actos señalados a continuación¹:

a) Actos bilaterales onerosos

En primer lugar, podría afirmarse que existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia respecto a que el vicio de lesión puede invocarse en los actos jurídicos bilaterales (el texto habla de «una de las partes», lo cual supone necesariamente la existencia de al menos otra más), onerosos (la «desproporción» implica inequivalencia, lo cual está ausente en los gratuitos donde se da algo sin esperar contraprestación alguna), y conmutativos (la «desproporción» requiere comparación de ventajas y sacrificios ciertos).

En esta categoría, se ha incluido supuestos como los relatados por Moisset de Espanés y Brebbia, quienes opinan que en lo que hace a los actos jurídicos aleatorios, sólo cuando la notoria desproporción sea ajena al riesgo normal del negocio (verbigracia: cuando el cabeza de renta es una persona de muy avanzada edad, y se transfiere un inmueble contra el pago de una renta mensual sensiblemente inferior, por caso, al precio mensual de mercado de una locación de un inmueble de similares características)². También, en este grupo la jurisprudencia ha incluido la “cesión de derechos”.

En efecto, “el carácter aleatorio del contrato no obsta por sí solo a la impugnación de la lesión, pero tal característica aleatoria ha de apreciarse en toda su importancia y, en la práctica, desde dos puntos de vista sucesivos: en primer lugar, determinar

(1) TOBIÁS, José W. *Tratado de Derecho Civil -Parte General-* Tomo III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 759-774.

(2) MOISSET DE ESPANES, Luis. “La Lesión y el artículo 332 del nuevo Código Civil y Comercial”, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-lesion-y-el-articulo-332-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial>, búsqueda del 29/06/2017; BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, 1ª ed., t. 2, pp. 251 y 252.

si el alea fue normal o ficticia; y luego determinar si considerando el alea real y aceptada, se configura una inequitativa explotación de la diferencia notable”³.

b) Actos unilaterales con efectos obligatorios onerosos

Se describen los siguientes casos: Por ejemplo, la promesa pública de recompensa (premios o concursos, recompensas a quien encuentre un objeto perdido, etc.). En ellos, el destinatario de la promesa se encuentra en la situación de tener que desarrollar una cierta actividad para estar en condiciones de constituirse en acreedor de la promesa. La obligación es una sola y emerge de la promesa de recompensa. El destinatario indeterminado de la promesa, sin embargo, tiene la “carga” -no la obligación- de procurar al promitente la actividad empeñada.

Otro ejemplo, el contrato unilateral de mutuo con intereses, la renuncia a la herencia, los títulos al portador.

En la medida que existan ventajas y sacrificios correlativos, el negocio será oneroso aunque entre aquellos no se produzcan obligaciones.

c) Negocio mixto cum donatione

Las partes pactan prestaciones recíprocas que estiman como equivalentes *en la inteligencia que la diferencia de reciprocidad queda cubierta por la donación que una hace a la otra*.

Por ejemplo: La venta a un precio inferior, concluido con la finalidad de donar la diferencia. También lo es la venta a un precio alto en tanto exista un ánimo de liberalidad en el adquirente por la diferencia.

Se parte de la afirmación de que el negocio mixto *cum donatione* es un contrato esencialmente oneroso, lo que indicaría que, en principio, le es aplicable la lesión. Ahora bien, es necesario precisar que la configuración del presupuesto objetivo, requiere inexcusablemente, que la desproporción entre las posiciones patrimoniales de las partes sea “sin justificación”. En efecto, tiene que ocurrir que la donación de la diferencia del valor constituya el procedimiento empleado por la parte explotadora para eludir las consecuencias emergentes de la lesión. Entonces, para que exista lesión es preciso demostrar la discordancia entre la declaración de voluntad del donante y lo querido por él, en otros términos, el estado de inferioridad y la inexistencia del ánimo de liberalidad declarado, lo que acarrea el problema de la extrema dificultad de la prueba correspondiente.

(3) ZANONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 313.

d) Complejo de actos o negocios jurídicos unidos por un nexo

Negocio unilateral (aunque no sea productor de obligaciones) o bilateral gratuito que forma parte de un complejo de actos unidos por un nexo, al que altera el equilibrio entre las prestaciones del restante negocio oneroso que también forma parte del complejo. Tobías cita el caso de un único negocio que contiene dos elementos: uno gratuito y otro oneroso, unidos por un nexo. Así, una de las partes apremiada por una situación de necesidad enajena a otra una cosa por un precio equivalente con su valor, y simultáneamente y en razón de las mismas circunstancias, celebra otro negocio en el que se compromete a transportar gratuitamente la cosa enajenada a un lugar lejano. Se configurará la lesión cuando el costo del transporte sea de tal índole que altere radicalmente el equilibrio existente entre las prestaciones del contrato de compraventa y el ánimo de liberalidad resulte irregularmente influido por la situación de necesidad de modo que la única razón determinante de la liberalidad consiste en obtener la prestación a la que se obliga la parte explotadora en el negocio oneroso⁴.

V. Elementos para la procedencia del vicio de lesión⁵

1. Para una tesis -que predominó durante los primeros años de la entrada en vigencia de la Ley 17711- son dos los elementos: i) el denominado elemento objetivo, consistente en la evidente e injustificable inequivalencia, y ii) el llamado elemento subjetivo consistente en la explotación de una determinada situación de inferioridad. Una variante de esta postura es la de quien sostiene que el único elemento subjetivo tiene dos subelementos: la “situación de inferioridad” por un lado y el “aprovechamiento de la inferioridad y la confianza” por el otro.

2. Otra tesis -mayoritaria en la actualidad- observa que son dos en realidad, los elementos subjetivos: uno, la “situación de inferioridad de la víctima” y el otro, el “comportamiento explotador del lesionante”. Ambos concurrirán -con el elemento objetivo- para caracterizar a la lesión subjetiva-objetiva.

3. No falta un tercer criterio: el que sostiene la existencia de un elemento subjetivo (el ánimo de aprovecharse de la situación) y dos objetivos (la inequivalencia de las posiciones patrimoniales y la situación de inferioridad). El estado de inferioridad de la víctima, sería un elemento objetivo porque si bien atañe a la persona constituye una circunstancia externa.

4. Incluso, hay quienes desestiman que el elemento objetivo sea tal en puridad, pues -sostiene- la inequivalencia obtenida lo debe ser sin “justificación” y ello re-

(4) TOBIÁS, José W. Ob. cit., pp. 752-773.

(5) Ibidem, pp. 774-775.

quiere determinar si hubo móviles compartidos de las partes (causa subjetiva del negocio), lo que supone ahondar en aspectos subjetivos⁶.

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta la lesión subjetiva-objetiva, por cuanto se le da preeminencia al elemento subjetivo (inferioridad del lesionado y aprovechamiento del lesionante), por sobre el elemento objetivo (desproporción de las prestaciones). “En este último, bastaba tan sólo la desproporción entre prestaciones recíprocas, dentro de un contrato bilateral oneroso. Cuando dicha desproporción rebasa cierto límite cuantitativo, se configuraba lo que se llamó lesión enorme o enormísima, que confería acción para demandar la rescisión del contrato”⁷.

En síntesis, este vicio se caracteriza por la presencia de un *elemento subjetivo* que se ubica tanto en el lesionado (al encontrarse en una determinada situación de necesidad, ligereza -hoy debilidad psíquica- o inexperiencia), como en el lesionante (al referirse al aprovechamiento de éste de aquella situación que padece la víctima) y de un *elemento objetivo*, (la desproporción evidente de las prestaciones que una de las partes debe a la otra)⁸.

Entonces, atento que es menester respetar el *principio de autonomía privada*, es preciso que se acrediten acabadamente los presupuestos que exige la figura de la lesión para proceder a declarar la invalidez del negocio jurídico.

VI. Examen de los elementos para la procedencia del vicio de lesión en el fallo objeto de análisis

a) Desproporción de las prestaciones. Doctrina Judicial. Votos en disidencia

Voto del Dr. Julio Sánchez Torres

Sostiene que en el caso no se da la desproporción manifiesta de las prestaciones. Considera que le cabe al juzgador apreciarla sin atarse a moldes rígidos; en todo caso, deberá indagar si la falta de equivalencia resulta lesiva en la contratación, cuya invalidez se peticiona.

Considera que la sola diferencia de las valuaciones fiscales no sirve por sí para demostrar este presupuesto. Se apoya en la pericia confeccionada por la corredora inmobiliaria.

De este último elemento probatorio se desprende que el valor venal de la unidad 48, ubicado en Gran Galería Comercial al día 28 de marzo de 2013 ascendía a

(6) BREBBIA, Roberto H., en BUERES Alberto J. (Dir.). *Código Civil y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. II -B, p. 605.

(7) BUTELER CACERES, José A. *Manual de Derecho Civil*, Parte General, Ed. Advocatus, Córdoba, 2000, p. 286.

(8) MOISSET DE ESPANES, Luis. *La lesión en los actos jurídicos*, Ed. Zavalía, Cba, 1979, p. 123/125.

\$ 960.000 y el valor venal actual de dicho inmueble es de \$ 1.450.000. A su turno, respecto de la propiedad que entregó la parte actora, la perito interviniente informa que el valor venal del inmueble al 8 de marzo de 2013 es de \$ 835.000 y el valor actual venal de la misma propiedad es de \$ 1.250.000. El dictamen del perito de control de la parte demandada, coincide con lo expuesto por la experta oficial.

La experta expresa que para llegar “al precio actual como el del año, aplicó el método comparativo empírico tomando los factores extrínsecos (zona, cuadra, manzana, barrio) y los factores intrínsecos dimensión, superficie, aproximadas, sumando los aspectos técnicos jurídicos económicos, los comparativos de los antecedentes de la oferta y demanda de inmuebles con similares características y dimensiones, investigaciones a colegas, internet”, indicando la rentabilidad, estimando en cuanto a su valor locativo.

El juzgador manifiesta en su voto que en el dictamen elaborado por la perito oficial no se advierte motivo para apartarse de él. La corredora inmobiliaria reúne la competencia requerida en orden a expedirse sobre los puntos de pericia, ya que informó y determinó los valores de los inmuebles, indicando que ellos son similares, por lo que despejó cualquier duda sobre la desproporción en las prestaciones y, menos que pueda tildarse de notable u ostensible la desproporción.

Asimismo, considera que tampoco puede sostenerse válidamente que las diferencias que surgen de las valuaciones fiscales son pieza probatoria de suma importancia para acreditar una desproporción intolerable en las prestaciones. No sólo sería incurrir en una prueba rígida que el sistema no lo permite, sino también desconocer la razón misma de la disposición legal que contempla que la lesión como vicio del principio de buena fe de las partes contratantes, cuando una de ellas conociendo el estado de inferioridad del otro, se aprovecha de esta situación para obtener una desproporción notable en las prestaciones.

Voto del Dr. Leonardo González Zamar

En contraposición con el anterior magistrado considera que la pericia oficial luce insuficiente ya que si bien la experta alude a los métodos utilizados a los fines de establecer el valor de los inmuebles de marras, luego no los desarrolla, privando al tribunal de la posibilidad de controlar la corrección de las premisas y procedimiento utilizado a tales fines. Otra cuestión que le resta eficacia convictiva a la pericia es que no efectúa referencia alguna a la base imponible de los inmuebles, a pesar de que los contratantes asignaron relevancia a su valor al señalar expresamente en la contratación que “se permutan ambos inmuebles por sus bases imponibles”.

Por el contrario, considera que el dictamen efectuado por el Cuerpo Técnico Oficial, posee aptitud en cuanto a la información acerca del valor real de las propiedades permutadas.

En este dictamen se da clara cuenta de los métodos de tasación que ha utilizado y de los principios aplicables, conforme a las normas del Tribunal de Tasación de la Nación. Agrega que aporta al Juzgador más elementos para poder hacer una adecuada comparación de los bienes permutados y tiene en cuenta asimismo la valuación fiscal pertinente.

En tal línea, el experto dictamina: “a) Valor estimado del inmueble ubicado en la calle San Martín Nro. 70, Primer Piso, Local “C” de uso comercial, por el método empírico y comparativo sin homogeneizar, al 08/03/2013 y al 22/04/2013 (por la escasa diferencia de tiempo, no determinó distintos valores), es de pesos trescientos noventa mil setecientos ochenta y nueve (\$ 390.789,00). Bases Imponible de la Dirección General de Rentas: \$ 171.965,00-año 2013. Valuación Fiscal: \$ 13.967,13-año 2013. b) Valor Estimado del inmueble destinado al uso familiar, sito en la calle Charcas N° 1873, por el método separativo y el método comparativo, al 08/03/2013 y al 22/04/2013 (por la escasa diferencia de tiempo, no determinó distintos valores), es de pesos un millón seiscientos cuarenta y dos mil (\$ 1.642.000,00). Base Imponible de la Dirección General de Rentas para el año 2013: \$ 460.006,00- Valuación Fiscal para el año 2013 \$ 37.268,80”.

Sostiene que tal probanza, aparece fundada en criterios científicos y refleja el procedimiento y métodos aplicados a los fines de establecer el valor de los inmuebles objeto de la permuta. Por tal motivo, concluye que reflejan que *media entre el valor de los inmuebles permutados una “desproporción evidente”* a la fecha en que se celebró la permuta.

Voto de la Dra. Claudia Zalazar

Para la magistrada existe desequilibrio en las prestaciones.

Sostiene que surge del propio texto de la escritura que el intercambio se limitó a los bienes por el valor de sus bases imponibles. Si tenemos en cuenta esta manifestación de las partes, y la propia constancia del escribano actuante del valor al que ascendían a esa fecha las bases imponibles (\$171.965 y \$460.006), resulta evidente el desequilibrio entre los bienes intercambiados. Desequilibrio que se encuentra respaldado por las conclusiones a las que arriba la pericia realizada por el perito designado por el Cuerpo de Peritos del Área de Servicios Judiciales, como medida para mejor proveer.

Agrega que no se ha probado en autos que haya integrado el valor de intercambio con el valor por el uso del bien a favor del demandado -por cuanto éste argumenta que el actor se reservaba la nuda propiedad durante su vida-, ni tampoco que dicho valor haya sido suficiente para equiparar las prestaciones recibidas.

En lo que respecta al dictamen de la perita oficial, critica que no logra justificar el aumento del valor del local comercial, más no en el caso de la casa; lo que jus-

tificó la medida para mejor proveer que se dispuso, ya que resultaba llamativas e infundadas las conclusiones a las que se había arribado. Esta circunstancia, sumado a que el perito ha sido designado por los cuerpos técnicos del Poder Judicial, lo que resulta un elemento respaldatorio de su imparcialidad y que sus conclusiones resultan coherentes con la diferencia ya existente en las bases imponibles, justifican el desequilibrio entre los valores intercambiados.

Por último, reitera que de los propios términos de la escritura surge que “continúan exponiendo *los señores Alberto José Raisz Y Abdón Antonio Cheble, que dejan formalizada la presente permuta con arreglo a derecho, declarando que se permutan ambos inmuebles por sus Bases Imponibles...*”.

De este modo se aprecia que han sido los propios contratantes los que han asignado a estas bases un valor central en el intercambio que realizaban. Si a ello le sumamos, que del propio texto de la escritura resulta la diferencia entre ambas bases (\$171.965 y \$460.006), es evidente la inexistencia de un equilibrio entre los bienes permutados.

Aportes de la doctrina y la jurisprudencia

Expuestos los fundamentos de los tres votos, a continuación se procede a analizar este elemento a la luz de lo que aporta la doctrina y jurisprudencia sobre el tema. En consecuencia, cabe preguntarnos: ¿Cuándo hay desproporción en las prestaciones?

Cuando existe una ventaja patrimonial que excede toda medida de lo que habitualmente ocurre en los negocios.

Entonces, ¿qué se entiende por ventaja patrimonial excesiva?

La doctrina ha entendido que la falta de equivalencia de las prestaciones no sólo debe resultar evidente, esto es que salte a la vista, sino que debe resultar notable, esto es, una desproporción profunda, exagerada, que no deje lugar a dudas, acentuada, grave, indudable, incuestionable⁹. Se trata de una desproporción que se califica de “chocante”, evidente o considerable (según los distintos códigos), es decir, aquella que hiera la sensibilidad del juez, o la sensibilidad de media de la gente, y atenta contra el sentimiento de justicia.

En la lesión, se ha juzgado que la desigualdad debe ser acentuada, evidentemente desproporcionada, exagerada e injustificable; de un grado tal que no deje la menor duda de que resulta contraria a elementales principios de equidad, porque siendo la lesión una excepción a la regla que obliga al cumplimiento de los contratos, se

(9) RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho civil*. Parte general, t. II, 5ta. ed. actualizada, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 606.

considera que es de interpretación restrictiva, *debiendo optarse, en caso de duda, por el cumplimiento, para no destituir el principio de seguridad en los actos jurídicos*¹⁰.

Aspectos a tener en cuenta

1. *Quantum de las prestaciones*: Lo que debe analizarse es su valor y no su “precio”. En efecto, en un caso se rechazó un pedido de reajuste en relación al saldo del precio de una compraventa de un predio de 4 hectáreas -\$60.000- pues la decisión se basó en valores históricos informados por el perito como única pauta válida y esto sirvió para establecer la notable desproporción entre las prestaciones de los contratantes. El reajuste fue demandado 18 años después de haberse celebrado el contrato de compraventa, en base a idénticos valores nominales, cuando debe estar vinculado a la realidad económica, máxime cuando ha sufrido un agudo proceso inflacionario, con la consecuente distorsión de precios en el mercado inmobiliario¹¹.

Dentro de la legislación comparada dos son los criterios sustentados acerca de este elemento objetivo: el de las que quieren de alguna forma de medir la cantidad necesario para su existencia, por ejemplo, más de la mitad, las siete doceavas partes, etc., como lo hace por ejemplo el Código italiano; y el de las que, como la Argentina, se remiten a una apreciación circunstancial. Se delega en el magistrado la apreciación de la disparidad de las prestaciones, para valorarlas y establecer si se dan las pautas requeridas, debiendo contar con los elementos de juicio que le permitan hacer la comparación¹².

Así, en un caso, se dijo que no se había demostrado la existencia del elemento objetivo. Y en este aspecto se indicó que al precio abonado debían sumarse los montos de los embargos que pesaban sobre el inmueble. Además tuvo en cuenta una circunstancia determinante, como es que la actora no demostró el valor del inmueble al tiempo de la operación, siendo que la carga de la prueba de tal extremo pesaba sobre quien, como ella, perseguía la nulidad de la operación¹³.

Incluso, se ha considerado que a fin de acreditar el *quantum* de la desproporción las máximas de la experiencia con arreglo a las reglas de la sana crítica racional permiten arribar a la conclusión de que los valores de los inmuebles determinados

(10) CNCiv, Sala B, 15-03-75, ED, 62-244 citado por CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 608.

(11) CSJN, “Di Cunzolo, Ma. Concepción c. Robert, Rubén Enrique s/ nulidad del Acto Jurídico”, 19/02/2019.

(12) CIFUENTES, Santos. Ob. cit, p. 608.

(13) Cámara Civil – Sala I de la Ciudad de Bs. As, “Palmucci, Elena Cristina c/ Cromwell Cooperativa de Crédito Consumo y Vivienda y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico”, 15/08/2019.

en dólares estadounidenses, habilitan una mejor comparación de los valores para evaluar si existe desproporción o no¹⁴.

De otro costado, el juzgador en cada caso valorará no sólo la mera comparación entre esas prestaciones, sino la totalidad de los aspectos implicados en derechos y obligaciones patrimoniales de las partes, para poner en claro los deméritos que asume una frente a los beneficios que aprovecha la otra, todo lo cual aparece en la entretela compleja del negocio de que se trate¹⁵.

En este sentido, se declaró la nulidad de un convenio de honorarios por la intervención del abogado en la liquidación de la sociedad conyugal, debido a la manifiesta desproporción existente entre la labor profesional y el monto, pues incluyó como base económica cinco inmuebles que no integraban la sociedad conyugal, el trabajo del letrado sólo se desarrolló por el lapso de un mes y se limitó a presentar la demanda; a lo que se suma la condición de lego de la otra parte y su particular angustia debido a la existencia de un conflictivo divorcio¹⁶.

En definitiva, debe tratarse de una ventaja patrimonial que excede toda medida de lo que habitualmente ocurre en los negocios, que no tiene relación con las oscilaciones del mercado, con las contingencias ordinarias de las transacciones, y que cobra un volumen que inquieta a cualquier observador desprevenido; que la notable desproporción debe entenderse como grosero desequilibrio entre las prestaciones, suficiente para revelar la absurda explotación que se refiere la ley; debe ser tan chocante que hiera los sentimientos de moralidad y equidad de que se nutre la norma¹⁷.

2. *Falta de justificación.* Esto significa que no debe tener sustento en una situación afectiva, personal, retributiva de las relaciones patrimoniales o personales anteriores, las que justifiquen que en el negocio jurídico dichas circunstancias hayan tenido suficiente entidad para permitir interpretar que verdaderamente las partes convinieron y quisieron que las prestaciones sean dispares y desproporcionadas.

Este aspecto se refiere a la “causa” o motivo del negocio jurídico. La existencia de una intencionalidad libre y querida de la desproporción de las prestaciones, daría fundamentos a la libre elección del acto voluntario, y la liberalidad sanamente querida que no es por sí misma ilegítima.

Esto necesita haber sido articulado por el lesionante al contestar la demanda.

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Campo Ignacio Mateo c/ Tosi, Carlos Rubén s/ nulidad de acto jurídico”, 09-02-2021.

(15) “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Conclusiones”, punto 3, JA 2000 -I-1036.

(16) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala II, “L., J. C. c. G., J. T. s/ cobro de pesos”, 23/05/2019.

(17) RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela. *Derecho Civil*, Parte General, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 807.

En este sentido se ha dicho que «el elemento objetivo necesario para decretar la nulidad de la dación en pago de dos lotes por el vicio de lesión no se encuentra acreditada, pues, si bien existe una diferencia notable entre el valor que asignó el perito tasador a los inmuebles y el monto por el cual fueron dados, ella no resulta injustificada, sino que la existencia de una hipoteca a favor de un banco y el embargo dictado en una causa judicial justifican la merma razonable entre el precio del mercado y el consignado en el contrato». Resáltese que un gravamen de estas características no se limita solo a ese monto, sino que puede traer mayores complicaciones a quien apuesta a adquirir un inmueble en esta situación particular. Tal es así, que posteriormente, dicho embargo puede ser ampliado¹⁸.

En otro caso, se demandó la nulidad de escritura pública por la que, en 2005, la abuela paterna del demandado, A. N. G., le cediera los derechos y acciones hereditarios, incluso los gananciales que le correspondían como socia de la sociedad conyugal, en la sucesión de su esposo C. B., por el precio de \$10.000. En lo puntual del caso, se consideró si el precio pagado por la cesión hecha de sus derechos gananciales sobre un inmueble por la anciana mujer a su nieto, a quien crió desde los tres meses, equivalente a la 1/5 parte aproximadamente de su valor de compraventa en el mercado, comportaba una lesión o aprovechamiento malicioso de su situación de debilidad, frente a lo cual el demandado argumentó y probó, con los elementos a su alcance y luego de transcurridos varios años, que aquel precio no era injusto ni desproporcionado, no sólo por el alea que trasuntaba una cesión de acciones y derechos y el vínculo que unía a cedente y cesionario, sino porque se completaba con los aportes económicos que él hacía (e hizo) para los arreglos y mantenimiento de la casa que habitaba su abuela hasta que se trasladó para instalarse él en el inmueble del acervo hereditario, cuyos derechos sobre la mitad ganancial había ya cedido a su favor, quien siempre convivió con ella, que fue su sostén afectivo y al que tuvo gran aprecio¹⁹.

3. *Momento para apreciar las condiciones*: La ley exige que la desproporción exista en el momento de la celebración del negocio jurídico. La desarmonía de las prestaciones que altera el equilibrio contractual, debe calcularse conforme los valores al momento en que nace el negocio y no ser sobreviniente, de lo contrario podría tratarse de un supuesto de imprevisión. Pero, además, que subsista hasta el momento en que se inicia la pertinente acción para pedir su nulidad o el reajuste de las prestaciones.

El texto no establece excepciones, pero existe quienes interpretan que la desaparición de la desproporción debe radicar en circunstancias sobrevinientes ajenas a las partes. De este modo, operarían como excepciones a este límite -y, en conse-

(18) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, "Fucoppi SA c. Banco Credicop Coop. Ltda. s/ nulidad de cláusulas contractuales", 01/06/2016.

(19) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, "G., A. N. (su sucesión) c. B., F. G. s/ nulidad de escritura pública", 15/08/2017.

cuencia, mantendrían en pie el instituto- el restablecimiento del equilibrio: 1) por obra de la víctima (por caso, la adquisición de un terreno baldío a un valor muy superior al de mercado, revalorizado luego por el accionar diligente de aquélla); o 2) por culpa del lesionante (*verbigracia*, la adquisición de un inmueble a precio vil, desvalorizado luego por el accionar negligente del aquél). Lo contrario colisionará seriamente con los fines de justicia que tiene la figura²⁰.

Ahora bien, el intérprete podría preguntarse, en un país con situación económica o financiera de indudable inestabilidad: ¿Qué ocurriría en el supuesto de que durante la tramitación del juicio un cambio, por ejemplo, en el valor del dólar, hiciera que la inequivalencia quedara superada, después de la demanda pero antes de la sentencia? Aquí, estaría cumplida la exigencia inicial de la norma, pero desaparecería la causalidad determinante de sus efectos y su receptibilidad en el ámbito judicial. Pensamos que en ese supuesto, de muy difícil producción entre nosotros, habría que rechazar la acción por no darse en el momento de la sentencia el presupuesto fáctico exigido para su procedencia, pero declarando las costas en el orden causado, por cuanto la promoción de la demanda habría sido justificada²¹.

En definitiva, la desaparición de la desproporción que imposibilita la interposición de la demanda, es sólo aquella que proviene de circunstancias sobrevinientes ajenas a las partes²².

b) La ligereza o debilidad psíquica como situación de inferioridad. Aprovechamiento de la parte contratante. Doctrina judicial. Votos en disidencia

Voto del Dr. Julio Sánchez Torres

El magistrado expresa que no se pone en tela de juicio el estado de salud del actor. Sino, lo que se debe observar es si efectivamente dada la enfermedad que padecía el Señor Cheble lo colocaba en una situación de inferioridad.

Siguiendo el detalle exhaustivo que realiza la parte actora sobre las piezas probatorias médicas, le permiten afirmar que el Sr. Cheble se encontraba débil, anciano, vulnerable y enfermo. Sin embargo, el estado de salud del actor no autoriza sin más a sostener que se configura la situación de ligereza al que hace referencia el artículo 954 del Código Civil derogado. En este orden de ideas, el vocal sostiene que no se ha logrado probar que la parte actora haya contratado en un estado de inferioridad por ausencia parcial de voluntad o por falta de discernimiento. Es decir, un estado

(20) APARICIO, Juan Manuel. *Contratos*, Parte General, T. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 217.

(21) CIFUENTES, Santos. Ob. cit., p. 610.

(22) CHIAPERO, Silvana María - PALMERO, Juan Carlos. *Manual de Derecho Privado*, Parte General, Ed. Advocatus, Córdoba, 2019, p. 387.

patológico de debilidad, de inferioridad mental o deficiencia psíquica que en la causa no se encuentra acreditada.

Por otra parte, la lectura detenida de la demanda permite inferir que la parte demandada, por su relación de parentesco y confianza, se presentó en la casa, y conociendo el estado de salud del actor, junto con el escribano, le hicieron firmar el instrumento público. La emboscada alegada no ha sido acreditada en autos. Por lo que la existencia de un vínculo familiar entre las partes no basta para tener por cierto el aprovechamiento.

La figura jurídica pone límites a una injusta ventaja o aprovechamiento que rompe el equilibrio entre contratantes. Los presupuestos para llegar a la declaración de nulidad, tales como: una ventaja desproporcionada, notable, evidente, como una situación de inferioridad en la víctima del aprovechamiento no surgen en autos.

Voto del Dr. Leonardo González Zamar

A juicio del camarista no cabe inferir necesariamente que de la enfermedad que cursaba el actor derivara una situación de disminución en su discernimiento o estado de inferioridad para contratar.

Recordemos, que el aspecto subjetivo de la lesión importa un estado patológico de debilidad, inferioridad mental o deficiencia psíquica y de ello no hay prueba en autos.

Citando a Llambías, concluye que la ligereza en sentido técnico, alude a un estado psíquico y patológico, en el que se encuentra el sujeto que no mide el alcance de las obligaciones que contrae en razón de su situación de inferioridad mental.

Coincide con el vocal preopinante en que tampoco puede señalarse que por el hecho de que el negocio haya sido celebrado en el domicilio de una de las partes que está cursando una enfermedad renal y que una de ellas sea el sobrino de la otra signifique una “emboscada”. Además, no se acreditó que el sobrino y el escribano se hubieran aprovechado del actor.

En tales condiciones, siendo necesaria la configuración del elemento objetivo como subjetivo en la lesión, corresponde hacer lugar al recurso de apelación y dejar sin efecto la sentencia impugnada.

Voto de la Dra. Claudia Zalazar

En este contexto, se advierte que el elemento subjetivo requerido para la procedencia de la acción no es la falta de capacidad, o la falta de aptitud psíquica como parece entender el recurrente, sino la existencia de un aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, configurada por la existencia de necesidad, ligereza o inexperiencia.

No resulta factible exigir que los testigos o la prueba determinen la existencia de una alteración de las facultades mentales del contratante para la concurrencia de la acción porque tal extremo no es requisito para su procedencia.

Coincide con el magistrado de primera instancia en que las circunstancias particulares del acto permiten presumir la configuración de una situación de inferioridad en cabeza del actor al momento de producirse la firma de la escritura. Es difícil creer que su estado de salud no haya causado una mella en la persona del actor, aun sin afectar su capacidad, pero colocándolo en un estado de vulnerabilidad maximizado por las experiencias vividas. Todo ello, sumado a que el escribano debió concurrir a su domicilio para la firma de la escritura permiten presumir que su estado de salud distaba de ser óptimo. Lo que impide tener por cierta una relación de equilibrio subjetivo entre las partes. Desequilibrio que puede inferirse de su estado de salud, su avanzada edad y las circunstancias en que se celebró el acto. Ello, al margen de la confianza que seguramente tenía en la persona de quien era su sobrino.

En vistas de lo expuesto, considera que la solución de primera instancia debe mantenerse.

Inferioridad de condiciones

Nos adentramos pues, en el análisis del elemento subjetivo del lesionado. En consecuencia, cabe preguntarnos: ¿Cuándo la víctima se encuentra en inferioridad de condiciones? A continuación se desarrollan los supuestos contemplados en la norma:

Elemento subjetivo del lesionado

a) *Necesidad*. Traduce una situación de angustia o de agobio, derivada de la carencia de los medios elementales para subsistir, de lo imprescindible o necesario, teniendo en consideración las circunstancias propias de cada persona²³.

En los diversos códigos que han incorporado el vocablo para caracterizar una de las situaciones en que puede encontrarse la víctima de un acto lesivo, se ha entendido comprender en la <necesidad> no sólo los aspectos de inferioridad económica o material, sino también las situaciones de angustia moral o peligro²⁴.

La necesidad se consideró como la situación en la que el sujeto obra coaccionado por las circunstancias exteriores que lo circundan, ya sea de orden puramente material (miseria, penuria económica, etcétera), o de orden espiritual (por ejemplo,

(23) ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 327.

(24), MOISSET DE ESPANES, Luis. *La Lesión*, Ob. cit., p. 26.

violencia ambiental derivada de una particular situación social o política que atraviesa)²⁵.

b) *Inexperiencia*. Bien se ha dicho que la situación de inexperiencia es proclive al aprovechamiento por el más fuerte, capaz o conoedor, en detrimento del débil o inexperimentado, sin que alcance a configurar error ni dolo porque promedia voluntad y no hay maquinación²⁶.

La inexperiencia se refiere a la falta de conocimientos necesarios para celebrar el negocio jurídico, que se adquiere con el uso y la práctica²⁷.

c) *Ligereza (hoy debilidad psíquica)*. El vocablo “ligereza”, siguiendo la doctrina alemana y la suiza, ha sido considerado como un estado psíquico patológico en el que se encuentra el sujeto, que no mide el alcance de las obligaciones que contrae, por no poder hacerlo en razón de su situación de inferioridad mental²⁸.

El Dr. Luis Moisset de Espanés nos dice que “para interpretar debidamente el vocablo “ligereza” debemos recurrir a la doctrina alemana y suiza y veremos allí que está destinado a dar cabida a la situación del pródigo, del débil mental y de otros estados intermedios o fronterizos, que son de carácter patológico y producen como consecuencia una inferioridad del sujeto”²⁹.

En el caso motivo de examen, se invocó que el causante de la parte actora se sintió vulnerado al momento de celebrarse el acto jurídico por el estado de salud que padecía -la deficiencia renal que lo obligaba a realizarse diálisis tres veces por semana, sesiones de cuatro a cinco horas diarias-, lo que repercutía directamente en lo psicológico causándole un cansancio, agotamiento y estado de debilidad que le impedía pensar con claridad.

Sin embargo, el voto de la mayoría del tribunal entendió que no se acreditó de manera fehaciente este estado de “ligereza” (hoy “debilidad psíquica”) que establecía el artículo 954 del CC (hoy artículo 332 del Código Civil y Comercial de la Nación), tal como se infiere de la afirmación de que “este estado de salud que presentaba el Sr. Cheble al momento de firmarse el instrumento público, no autoriza sin más a sostener que se configura la situación de ligereza, contemplada en el artículo 954 del C. Civil derogado. Este elemento requiere una disminución de la voluntad, o

(25) NICOLAU, Noemí L. “La lesión y la prohibición del abuso del derecho en la contratación”, en ALEGRIA, Héctor - MOISSET ITURRASPE, Jorge (Dirs.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos, Parte General*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., t. 2016-3, p. 205.

(26) CARRANZA, Jorge A. “El vicio de la lesión”, en MORELLO-PORTAS (coords.), *Examen y crítica*, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 303.

(27) CROVI, Luis D. *El vicio de lesión en los acuerdos transaccionales*, Lexis n° 0003/000594 o 0003/000615.

(28) Cámara Nacional Civil, Sala C, “A. C/ G. T. A. S/ Nulidad de Instrumento”, 14/08/2013.

(29) MOISSET DE ESPANES, Luis. *La Lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil*, V.P. de Zavalía, Buenos Aires, p. 92.

una disminución del discernimiento, prueba que no se ha producido a fin de poder afirmar que el Sr. Cheble trató y contrató en estado de inferioridad por ausencia parcial de voluntad o por falta de discernimiento”.

Elemento subjetivo del lesionante

a) *Aprovechamiento o explotación*: Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se polemizaba acerca de si la palabra explotación se configuraba con el mero estado pasivo de conocimiento de la situación de inferioridad o si era necesario que existiera un aprovechamiento (...) esto es, la intención enderezada a lograr ventajas de la situación del sujeto pasivo³⁰.

La explotación es el aprovechamiento de mala fe de la situación en la que se encuentra el lesionado, con la finalidad de obtener un lucro desmedido del acto viciado³¹.

Por consiguiente, se entiende que es una respuesta del ordenamiento a una conducta ilícita, lo que es congruente con la fuente de la norma, de ahí que la esencia de la lesión radique justamente en la conducta del lesionante³².

De lo expuesto, resulta necesario que la parte demandada haya conocido la situación de inferioridad del actor y se haya aprovechado de mala fe.

En la causa en análisis, la sorpresa o emboscada alegada por la demandante al referirse a las circunstancias en las que se suscribió la escritura pública requerían de una prueba que hicieran presumir fehacientemente que el sobrino actuó vulnerando el principio rector de buena fe negocial. En lo que respecta al parentesco existente entre los contratantes, ello sólo no basta para dar por sentado que el sobrino del Sr Cheble se aprovechó de su situación de salud, al contrario, suele ser una razón poderosa para que no se tengan en cuenta algunas diferencias o desequilibrios menores entre las prestaciones (quitas, descuentos, etc.) por cuestiones de carácter subjetivo (mejor dicho, sentimental).

En resumen, de las constancias de la causa no resultan acreditados los elementos subjetivos de la lesión referidos al lesionante y lesionado.

VI. Conclusión

Los actos jurídicos se celebran para ser cumplidos. En consecuencia, los vicios son de interpretación restrictiva.

(30) CHIAPERIO, Silvana María - PALMERO, Juan Carlos. Ob. cit., p. 385.

(31) NICOLAU, Noemí L. Ob. cit., p. 209 y 210.

(32) MOISSET DE ESPANES, Luis. *La lesión y el nuevo artículo 954*, Ob. cit., p. 239.

En el caso, actor y demandado formalizan un contrato de permuta y declaran que se efectúa por sus bases imponibles. Éste configuró el precio que acordaron las partes en el marco de la autonomía de la voluntad para el intercambio de los inmuebles. De este modo, se aprecia que han sido los propios contratantes los que han asignado a dichas bases un valor central en la contratación. Ello, a pesar de que del propio texto de la escritura resulta una diferencia importante entre ellas (\$171.965 y \$460.006).

De modo tal que, en función del principio enunciado al inicio, mal podrían las partes intervinientes en el negocio contrariarlo luego de celebrarlo.

Esto nos lleva a formular el siguiente interrogante: ¿Hasta qué punto podemos soslayar la autonomía de la voluntad cuando las propias partes contratantes explicitaron en el contrato/acto jurídico que el valor del intercambio estaba dado por las bases imponibles?

A tal fin, las partes se apoyan en la prueba pericial confeccionada por la corredora inmobiliaria. De dicho elemento probatorio, se desprende que el valor venal de la unidad 48 ubicada en la Gran Galería Comercial al día 28 de marzo de 2013 ascendía a \$ 960.000 y el valor venal al momento de resolver era de \$ 1.450.000. A su turno, respecto de la propiedad que entregó la parte actora, la perito interviniente informa que el valor venal del inmueble al 8 de marzo de 2013 es de \$ 835.000 y el valor al tiempo de sentenciar de la misma propiedad era de \$ 1.250.000.

Sin embargo, ésta no logró aportar al Juez de Primera Instancia elementos de convicción que le permitieran llegar a una solución. Por esta razón, acudió al Cuerpo de Peritos del Área de Servicios Judiciales, como medida para mejor proveer.

Si se comparan ambas pericias, rescatamos que la segunda de las mencionadas fija ciertos parámetros objetivos que permiten explicitar con igual índice comparativo porqué aumenta el valor en ambos casos, manteniéndose la diferencia sustancial que se advierte en la comparación de las bases imponibles. Por el contrario, la primera pericia explica sólo el aumento del valor del inmueble entregado por el demandado, mas no el dado en pago por el actor. En otros términos, logra justificar el aumento del valor del local comercial, pero no en el caso de la vivienda; lo que a la larga, achica la brecha en la diferencia de valor de ambos inmuebles.

Ahora bien, nos preguntamos: ¿Esto es suficiente para que quitemos valor a lo pactado por las partes en el contrato? Recordemos que han sido los propios contratantes los que han asignado a estas bases un valor central en el intercambio que realizaban.

La lesión es una excepción a la regla, que no debe ser utilizada para eludir la obligación de cumplir con el contrato. Por este motivo, se la considera que es de

interpretación restrictiva, debiendo optarse, en caso de duda, por el cumplimiento, para no destituir el principio de seguridad en los actos jurídicos³³.

Ello hace necesario que el juzgador -en cada caso- deba valorar no sólo la mera comparación entre esas prestaciones, sino la totalidad de los aspectos implicados en derechos y obligaciones patrimoniales de las partes, para poner en claro los deméritos que asume una frente a los beneficios que aprovecha la otra, todo lo cual aparece en la entretela compleja del negocio de que se trate. Ello conlleva a exigirse una adecuada fundamentación a la luz de las concretas particularidades del caso, de la situación de las partes, de la naturaleza de la obligación, del específico lapso temporal tenido en cuenta a fin de cuantificar dichos accesorios, entre otros elementos de juicio.

El remedio se activa si a esa anomalía objetiva se acumula la subjetiva, dada por la situación de inferioridad de la víctima. La desproporción no puede analizarse de modo aislado, sino que su examen está íntimamente ligado a la existencia del elemento subjetivo, puesto que este último es el que imposibilita advertir que la contratación que se efectúa en el marco de la autonomía de la voluntad no se enmarca en el principio de la buena fe.

La parte actora al demandar expresó que el día 8 de marzo de 2013, a las 16.30 hs., se apersonó a su domicilio de Charcas 1873 de barrio Pueyrredón el demandado, Alfredo Rairz (sobrino del actor) con su escribano. Así, “aprovechándose de su estado de salud logró que suscribiera la escritura cuya nulidad se peticiona por vicio de lesión”. Sostuvo que el “estado de salud que padecía, la deficiencia renal, que lo obligaba a realizarse diálisis tres veces por semana” repercutía directamente en lo psicológico causándole cansancio, agotamiento y estado de debilidad que le impedía pensar con claridad. El estado de inferioridad que se describe en el Sr. Cheble está dado concretamente por su estado de salud.

Está fuera de discusión el diagnóstico de la enfermedad que cursaba el Sr. Cheble, de 79 años a la fecha en que ingresó al Sanatorio Allende el día 7/3/13 a los fines de la colocación de un catéter provisorio y luego fue derivado al Servicio de Nefrología con hemodiálisis. Así también, que al día siguiente, fue dado de alta y que regresó a su domicilio. Asimismo, está acreditado que la contratación cuya nulidad se persigue fue firmada el día 8 de marzo de 2013, es decir inmediatamente después del alta médica y en el domicilio del Sr. Cheble, en presencia de un escribano que se apersonó con el demandado.

Sin embargo, ¿tal cuadro de enfermedad del Sr. Cheble autoriza a concluir por sí, que haya incidido en su discernimiento colocándolo en una situación de obrar con ligereza (hoy debilidad psíquica), en los términos del artículo 954 CC (hoy artículo 332 del Código Civil y Comercial de la Nación)?

(33) Cámara Nacional Civil, Sala B, 15-03-75, ED, 62-244 citado por CIFUENTES, Santos. Ob. cit., p. 608.

A nuestro juicio, el supuesto lesionado debió acreditar con elementos probatorios concretos estar comprendido en una de las situaciones de inferioridad expresadas por la norma jurídica: en este caso, la ligereza o debilidad psíquica. Dado que sólo ha de presumirse la explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones, mas no la situación de extrema debilidad. De otra manera, se afectaría la estabilidad de las relaciones jurídicas si las partes intentaran escudarse en esta figura jurídica de excepción. Por lo cual, si no se configuran los recaudos legislativamente previstos, debe prevalecer la validez de la permuta.

No puede presumirse la configuración de un estado de inferioridad en cabeza del actor, como el aprovechamiento de su co-contratante, sólo por las particulares circunstancias en que se celebró el acto jurídico cuya nulidad se intentaba. Al contrario, las razones de afinidad y parentesco entre las partes suelen ser causas que justifican cotidianamente algunos desequilibrios o liberalidades entre las prestaciones contractuales.

En definitiva, el *quantum* para determinar la desproporción en las prestaciones fue establecido por las partes -en el marco de la autonomía de la voluntad- al fijar que serían las bases impositivas informadas por la Dirección General de Rentas las que determinarían un valor central en el intercambio que realizaban. Consideramos, que la única manera de soslayar lo que las partes acordaron en el marco de la autonomía de la voluntad, a pesar de la diferencia existente en el *quantum*, es la existencia de un verdadero estado de inferioridad producto de un estado psíquico y patológico, en el que se encuentra el sujeto que no mide el alcance de las obligaciones que contrae, no porque no quiera verlas, sino porque no puede hacerlo en razón de su situación de inferioridad mental³⁴, lo que en autos no logró ser acreditado.

SENTENCIA NÚMERO: 65

Tribunal: Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Córdoba

Fecha: 29/06/2021

Asunto: "Cheble, Abdon Antonio c/ Raisz, Alberto Jose -Ordinario. Simulación. Fraude. Nulidad -" Expte. Número 5712965

Magistrados: Julio C. Sánchez Torres - Leonardo C. González Zamar - Claudia E. Zalazar.

En la ciudad de Córdoba, a los veintinueve días del mes de junio del año dos mil veintiuno, en el marco de la emergencia sanitaria, conforme a lo establecido en el Acuerdo Reglamentario N° 1629 serie "A" del 06/06/2020 y Resolución de Presidencia N° 45 del 17/04/2020 y sus complementarios, los Sres. Vocales de la Cámara de Apelaciones de Primera Nominación en lo Civil y Comercial, Dres. Julio C. Sánchez Torres, Leonardo C. González Zamar y Claudia

(34) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Código Civil Anotado. Doctrina- Jurisprudencia*, T. II-B, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 109.

E. Zalazar, procedieron a dictar sentencia en los autos caratulados los autos caratulados: “CHEBLE, ABDON ANTONIO C/ RAISZ, ALBERTO JOSE - ORDINARIO - SIMULACION - FRAUDE - NULIDAD” (Expte. Número 5712965)”, venidos a este Tribunal el día 04/12/2019 procedentes del Juzgado de Primera Instancia y 45° Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad, traídos al acuerdo a fin de resolver el recurso de apelación deducido en contra de la Sentencia Nro. 107 de fecha 24.05.2019 que dispuso: “1.- *Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. Abdon Antonio Cheble (hoy su sucesión) en contra del Sr. Alberto José Raisz, DNI 12.874.288 y declarar la NULIDAD DE LA PERMUTA realizada por Esc. Pública Nº24 – Sección A de fecha 08/03/2013 labrada por el Esc. Público Miguel Sánchez Maluf, Adscrito al Registro Nº74 y en relación a los inmuebles Mat.2510/C del Dpto. Capital (11) y el inmueble Matrícula Nº130.451 del Dpto. Capital (11), una vez firme la Sentencia, ordenar los oficios pertinentes a los fines de la correspondientes anotaciones Registrales.-Rechazar la demanda en contra del Esc. Miguel Sánchez Maluf.-2.-*

Costas: en relación al juicio dirigido en contra del Sr. Alberto José Raisz se imponen al mismo, por resultar vencido (cfe art. 130 del CPCC), y con relación a la demanda interpuesta en contra del Esc. Sanchez Maluf se imponen a la actora, esta última por resultar vencida.-3.- Se fijan los honorarios de las Dras. Estela M. Zarazaga y Magdalena Cornet Oliva en forma provisoria y en conjunto y proporción de ley en la suma de Pesos Diecinueve Mil Ochocientos Cincuenta y uno (\$19.851), a cargo de la demandada vencida Alberto José Raisz.-4.- Se regulan los honorarios de los Dres. Cecilia Miranda Maluf, y Maximiliano R. Calderón (letrados del codemandado Esc.Miguel Sanchez Maluf), en forma provisoria en conjunto y proporción de ley, en la suma de Pesos Diecinueve Mil Ochocientos Cincuenta y uno (\$19.851), a cargo de la actora Abdón Antonio Cheble (hoy su sucesión).-No se regulan en esta instancia los honorarios correspondientes a los Dres. Jorge Augusto Barbará, Jorge Edmundo Barbará y María Lucrecia Gaviglio hasta tanto lo requieran (art.26 LA).- 5.- Fijar los honorarios de la Perito Tasadora Oficial Belén Martínez Quintana la suma de Pesos Nueve Mil Novecientos Veinticinco con 50/00 ctvos. (\$9.925,50); y la del Perito de Control Guido Ezequiel Benitez, se regulan en la suma de Pesos Cuatro Mil Novecientos Sesenta y dos con 75/00 ctvos. (\$ 4.962,75), a cargo de su mandante.-PROTOCOLÍCESE...”.

El Tribunal en presencia de la actuaría se planteó las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Efectuado el sorteo de ley, resultó que los Sres. Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Julio C. Sánchez Torres, Leonardo C. González Zamar y Claudia E. Zalazar. A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. JULIO C. SÁNCHEZ TORRES, DIJO:

I. Llegan los presentes autos a este Tribunal de Grado en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia que luce a fs. 630/665 y del auto aclaratorio de fs. 668, siendo concedido a fs. 670.

II. Radicados en esta sede e impreso el trámite de rigor, el apelante expresa agravios a fs. 709/718 vta., quejándose por los siguientes motivos, a saber: a) por la violación al principio de congruencia, al principio de debida fundamentación legal, y por arbitrariedad de sentencia por vulneración del principio lógico de razón suficiente. Dice el recurrente que el pronunciamiento en crisis no tuvo en cuenta lo dispuesto por el art. 330 del C.P.C., dado que no tuvo en cuenta las defensas opuestas por esta parte en la contestación de la demanda al ingresar en los consideraciones de la sentencia, limitándose a copiar y pegar el escrito de contestación de demanda. Sigue diciendo que nada se dijo sobre el beneficio patrimonial que disfrutaba el actor mientras viviera del local que el demandado le había transferido, produciéndose un detrimento en el patrimonio del quejoso. Añade que ello repercutió en su defensa sobre la inexistencia del elemento objetivo de la lesión, ya que no hay desproporción de las prestaciones, sin que se diga algo en la resolución opugnada, violándose los arts. 155 de la Constitución Provincial y del art. 326 del C.P.C.; b) por el apartamiento del Juzgador del dictamen pericial oficial. Violación al principio lógico de razón suficiente, defensa en juicio y garantía del debido proceso legal. Afirma el apelante que del dictamen pericial surge que el valor del local comercial y de la casa, bienes

inmuebles objeto del contrato de permuta, tienen valores equivalentes, inclusive el primero sería de mayor valor. Sin embargo, el Juez a quo le restó valor probatorio, sin que la actora presentara pericial alguna. Destaca que en el caso sub-examine deja de lado la pericial sin fundamento, y la sentencia se basa en el sólo saber y entender del Juez. Pone de resalto que las razones dadas para apartarse de la pericial oficial en el juicio carecen de la más mínima razonabilidad, dado que, según lo esgrime el apelante, el Juzgador carece de los conocimientos necesarios sobre tasación. La demandada manifiesta que al dejarse de lado el dictamen pericial, entronizó su voluntad subjetiva en detrimento de la prueba objetiva, vulnerando el debido proceso legal dado que de manera unilateral y arbitraria se excluye todo valor probatorio a un medio probatorio que fue introducido a la litis conforme lo exige el ordenamiento ritual. Alega que se dio mayor prevalencia a la inspección ocular sobre el dictamen pericial, otorgando así importancia a la valuación fiscal de los inmuebles, además de no ser veraz en la lectura del acta de inspección ocular. Remarca la violación al principio de razón suficiente y de sana crítica racional, ya que sólo se basa en su subjetividad, por lo que la demanda debe ser rechazada, citando jurisprudencia en su apoyo; c) por la descalificación apriorística e injustificada de la pericia de parte. Arbitrariedad de la sentencia por falacia ad hominem. Sostiene el recurrente que la afirmación del Juzgador sobre el dictamen del perito de control que obra a fs. 274/7 llega al paroxismo de la irracionalidad lógica y jurídica, ya que la descalifica sólo por el hecho de ser elaborada por perito de parte, lo que vulnera lo dispuesto por el art. 278 del C. Ritual; d) por el valor de los inmuebles a partir de su valuación fiscal. Violación de las reglas de la experiencia e ilegalidad de sentencia por desconocimiento de la naturaleza de las relaciones jurídicas habidas entre particulares. Expresa el apelante que el Juez a quo sostuvo en su resolución que la desproporción de las prestaciones quedó acreditado en el sub lite a partir de las valuaciones fiscales de los inmuebles que constan en la escritura pública, cuya copia obra a fs. 14/16 vta. Esta afirmación deja de lado la sana crítica racional ya que los valores de los inmuebles a los fines tributarios no coinciden con los precios que fijan los particulares para sus transacciones, desconociendo los principios que informan al derecho tributario y la relación del Estado con los particulares, expresando el quejoso que las valuaciones fiscales y las bases imposables de los inmuebles no pueden constituirse en antecedentes válidos para fundar la desproporción de las prestaciones en los términos del art. 954 del C. civil derogado; e) por el estado evidente de inferioridad. Arbitrariedad de la sentencia por violación al principio lógico de razón suficiente por no valorar la prueba rendida en la causa. Expresa la parte apelante que el Juzgador dijo en su pronunciamiento sobre el elemento subjetivo de la lesión, que el actor se encontraba en evidente estado de inferioridad emocional que no le permitía evaluar las implicancias del negocio jurídico. Añade el recurrente que las testimoniales médicas no permiten inferir semejante aserto, además de no tener en cuenta que el actor concurría al sanatorio desde su domicilio en su auto, por lo que es imposible pensar que la diálisis le producía un nivel de alteración mental que le impedía conducirse. Sigue diciendo que la historia clínica no permite concluir sobre un estado de inferioridad, ya que el día de la celebración del negocio jurídico, cuya invalidez aquí se impetra, no se le practicó diálisis. Manifiesta el quejoso que no se valoró la testimonial de Ramírez y la declaración de Truisi nada dice sobre un estado de inferioridad emocional, a lo que debe sumarse la circunstancia que no hay prueba específica que avale las condiciones de inferioridad de capacidades, por lo que la demanda debe ser rechazada; f) por el rechazo de la demanda en relación al co demandado escribano Sánchez Maluf. Violación al principio de congruencia y al principio lógico del tercero excluido. Dice la demandada que al escribano mencionado se le adjudicó falsedad de instrumento público, por lo que la resolución viola el art. 330 del C.P.C. toda vez que considera un extremo que no fue traído a debate por las partes para su resolución. Destaca que si el estado de inferioridad era visible para todos, lo era para el escribano interviniente, por lo que no pudo rechazar la demanda contra el notario, dado que el escribano daba fe de conocimiento de la persona del actor, y si notaba ausencia de la comprensión del acto debió ponerla de manifiesto, lo que no hizo porque no existe falsedad de la escritura. Por ello, admitir la demanda y rechazarla contra el escribano actuante, viola el principio del tercero excluido, ya que o bien la escritura es válida a todos los efectos, o no lo es, g) por la imposición de costas. Solicita que ellas se impongan al actor en ambas instancias. Hace reserva del recurso extraordinario. Pide en definitiva se haga lugar al recurso interpuesto, con costas a la parte demandante.

III. A fs. 719 se corre el traslado de rigor, el que es contestado a fs. 720/728, solicitando por las razones de hecho y de derecho que allí expone, que el remedio intentado por la parte demandada debe ser rechazado, con costas. Dictado el decreto de autos, firme, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

IV. Ingresando a la cuestión traída a decisión de este Tribunal de Grado, puede decirse, en pocas palabras, que en el sub judice se persigue la invalidez del negocio jurídico suscripto entre el Sr. Cheble y la demandada por el vicio de lesión, conforme lo disciplinaba el art. 954 del C. Civil, hoy derogado.

En efecto, la parte actora en su demanda de fs.1/7 solicita se declare la nulidad del contrato de permuta realizado por escritura pública número 24 de fecha 8 de marzo de 2013, labrado por ante el escribano público Sánchez Maluf. Mediante ese acto jurídico el demandado Raisz permutaba en propiedad y pleno dominio al actor un inmueble ubicado en el edificio “Gran Galería Comercial del Centro”, ubicado en el primero piso, de la calle San Martín N 60/64/66/68. El actor le permutaba a su vez a favor del demandado una fracción de terreno con todo lo edificado, clavado y planteado, ubicado en barrio inglés del municipio de la ciudad de Córdoba, adyacente al pueble General Paz, calle Charcas con una superficie total de quinientos cuarenta y seis metros cuadrados. Señala la demandante la diferencia que existe en la base imponible de sendos inmuebles.

La demandante continúa relatando los hechos que apoyan su demanda en la situación subjetiva del actor que el día 7 de marzo de 2013 fue intervenido en el sanatorio Allende y se le colocó un catéter provisorio, siendo derivado al servicio de nefrología, y el día siguiente 8 de marzo, cuando se le dio el alta, al llegar a su casa, a la tarde se apersonó el demandado con un escribano y aprovechándose de su estado de salud, logró que suscribiera la escritura ataca de nula. Más adelante, la parte actora dice de falsedad la escritura pública que contiene el contrato de permuta por el domicilio que se consigna como lugar de suscripción y además, porque no se encuentra en posesión real y efectiva de los inmuebles que se permutan.

Por su parte, la demandada en su escrito de fs. 51/61 negó todos y cada uno de los hechos afirmados en demanda, especialmente, que hubiera sido sorprendido el actor a fin de suscribir el contrato de permuta; que se dieran los elementos de la lesión. Niega terminante el estado de inferioridad del Sr. Cheble, la desproporción en las prestaciones y, por consiguiente, la presunción de aprovechamiento. Asimismo, controvierte el estado de salud descripto por la actora en su libelo recién referido.

V. Así las cosas, se impone en primer lugar analizar si efectivamente en el sub examine se configuró o no el vicio de la lesión que invoca la parte demandante. Recuérdese que el Juez a quo admitió la demanda impetrada y, por ende, los agravios de la demandada están enderezados a demostrar que no se dan los requisitos que exigía el art. 954 del C. Civil derogado.

En este sentido, tenemos que la figura de la lesión contenida en el art. 954 del C. Civil constituye un vicio de los actos jurídicos al suprimir el elemento buena fe que integra el negocio jurídico (art. 1198 del C.Civil). El criterio que siguió el legislador nacional fue contemplar la faz objetiva cuando se alude a una desproporción evidente de las prestaciones que una de las partes debe a la otra y, además, el criterio subjetivo que ubicó tanto en el lesionado al encontrarse en una determinada situación de necesidad, ligereza o inexperiencia, como en el lesionante, al referirse al aprovechamiento de éste de aquella situación que padece la víctima (Moisset de Espanés, L. “La lesión en los actos jurídicos” Bs.As. Zavalía 1979, p. 123/125; Stiglitz, R.S. - Pizarro, R.D. “ Lesión Subjetiva. Aspectos sustanciales y procesales” Rev. RCy S., Bs.As. La Ley. 2010. Mayo, p. 45 y ss. Ordoqui Castilla, G. “Desequilibrio en los Contratos” Montevideo. Universidad Católica de Uruguay, p. 399).

De esta manera, cabe referirse a los agravios vertidos por la recurrente (demandada) dirigidos a probar que, en el caso de autos no se da la desproporción manifiesta de las prestaciones.

Este elemento objetivo refiere a la notable desproporción en las prestaciones. Se desea averiguar si una de las partes del negocio jurídico ha obtenido una ventaja patrimonial que lesiona la buena fe porque es evidente desproporcionada, sin justificación alguna. La norma contenida en el art. 954 del

C. Civil exige que los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción subsistir al momento de la demanda. Al Juzgador le cabe apreciarla sin atarse a moldes rígidos; en todo caso, deberá indagar si la falta de equivalencia resulta lesiva en la contratación, cuya invalidez se peticiona (Zannoni, E., op., cit., p. 321. n. 9, Aparicio, J.M., "La Lesión" en Revista de Derecho Privado y Comunitario. "Desequilibrio Contractual." Sta. Fe. Rubinzal Culzoni.. 2007-I, p. 39 nota. N 26; DJ. 1996 -2-920).

La parte actora cuando justificó su petición de nulidad por lesión del contrato de permuta entre un local comercial que entregaba el demandado al actor y éste a su vez daba al accionado un inmueble ubicado en calle Charchas 1873 (fs. 3), sostiene que existe una diferencia de valores que hace que la permuta sea absolutamente desequilibrada y ofende la justicia conmutativa (ver fs. 5), aprovechándose de la situación en que se encontraba el actor al momento de suscribir dicho contrato, atento que el demandado Raisz obtiene una ventaja patrimonial excesiva y sin justificación.

A esta altura hay que recordar que el Juzgador en su pronunciamiento afirmó que la inspección ocular que realizara en marzo de 2018 puso en evidencia la desproporción de valores en los inmuebles, añadiendo que: "La diferencia de valores aparece tan visible a los ojos del suscripto, que podemos sostener concordancia con las diferencias porcentuales fijadas por el Fisco de la Provincia de Córdoba." (fs. 659 in fine/660). Finaliza el análisis de este elemento objetivo expresando que no hace falta el análisis ninguna otra prueba, por encima de la valuación fiscal, quedando acreditada la desproporción de las prestaciones sin justificación.

Este segmento del decisorio atacado no puede compartirse, desde que en rigor no prueba efectivamente el requisito que exigía el art. 954 del C. Civil derogado, esto es, la desproporción manifiesta de las prestaciones. O, dicho en otros términos, este elemento objetivo se probaría solamente por las diferencias que muestran las valuaciones fiscales de los inmuebles, objetos del contrato de permuta. Estimo que si bien no hay parámetros rígidos para averiguar si existe o no una notable desproporción, la sola diferencia de las valuaciones fiscales no sirve por sí para demostrar este presupuesto.

En este sentido, de la pericia obrante a fs. 254/272 confeccionada por la corredora inmobiliaria se desprende que el valor venal de la unidad 48 ubicado en gran galería comercial al día 28 de marzo de 2013 su valor ascendía a \$ 960.000 y el valor venal actual de dicho inmueble es de \$ 1.450.000. Expresa la experta que para llegar "al precio actual como el del año, aplicó el método comparativo empírico tomando los factores extrínsecos (zona, cuadra, manzana, barrio) y los factores intrínsecos dimensión, superficie, aproximadas, sumando los aspectos técnicos jurídicos económicos, los comparativos de los antecedentes de la oferta y demanda de inmuebles con similares características y dimensiones, investigaciones a colegas, internet", indicando más adelante la rentabilidad estimando en cuanto a su valor locativo (fs. 256).

A su turno, respecto de la propiedad que entregó la parte actora, la perito intervinientes informa que el valor venal del inmueble al 8 de marzo de 2013 es de \$ 835.000 y el valor actual venal de la misma propiedad es de \$ 1.250.000 (fs. 256). A fs. 274/275 obra el dictamen del perito de control de la parte demandada, quien coincide con lo expuesto por la experto oficial.

A fs. 562/574 obra la inspección ocular efectuada por el Juez a quo con asistencia de los letrados de ambas partes, de donde surge la descripción de las propiedades, objeto del contrato de permuta además de adjuntarse fotografías de dichos inmuebles. Esta inspección ocular, en rigor, no es demostrativa de la diferencia de los valores que ambas propiedades tienen en el mercado y que pudiera ser indicativo de una diferencia manifiesta, ostensible o patente de las prestaciones. Es más, la comparación de la inspección ocular con lo informado por la perito oficial es disímil, lo cual no permite a simple vista afirmar que la inspección evidencia la desproporción de las prestaciones.

En esta dirección, cabe recordar que la prueba pericial es necesaria en atención a la frecuente complejidad técnica, artística o científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para su aplicación, por el juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión en litigio o simplemente aducida en la causa, que obsta a su correcta comprensión

por éste si carece del apoyo de esos expertos, o que hacen aconsejable ese auxilio calificado para una mejor seguridad y una mayor confianza social en la certeza de la resolución judicial que finalmente se adopte (cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, p. 104; FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003, ps. 4/5; DE SANTO, Víctor, *La prueba pericial*, Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 29).

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, el ordenamiento de rito dispone que el dictamen pericial no resulta vinculante para el juez, salvo que se haya dado al especialista el carácter de árbitro (art. 283 del CPCC). La prueba pericial no reviste el carácter de prueba legal.

Y, en este marco, el legislador local ha establecido como sistema de valoración de la prueba pericial la sana crítica racional (art. 283 *in fine* del CPCC), en virtud del cual la magistratura debe examinar el dictamen del facultativo a luz de los principios de la lógica, de la experiencia, y de la psicología.

Corolario de ello, para otorgarle mayor valor probatorio a la pericia frente a otros medios de prueba que arrimen elementos opuestos a aquélla, el dictamen debe brindar al juez un grado de convicción suficiente sobre las conclusiones arribadas por el facultativo.

El dictamen pericial no debe ceñirse a proposiciones ni conclusiones dogmáticas, sino que debe presentar un discurrir argumental fundado lo suficientemente, a fin de posibilitar al juez una fuente de convencimiento de que los conocimientos técnicos, que exceden a su normal entender, son efectivamente como propone el perito. Siguiendo tal hermenéutica, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sentado que el dictamen pericial: "...no cumple con los requisitos que para su eficacia probatoria (...) (cuando el) profesional se ha limitado a establecer (sus conclusiones) sin dar una sola explicación fundada que justifique las conclusiones a las que ha arribado." (Fallos: 318:1632, "Diprom S.A. C.I.F.I."). A la postre, la fuerza probatoria de la prueba pericial no depende de las conclusiones que el facultativo propicia, sino de su competencia y de la suficiencia de las razones que la respaldan, es decir, de la capacidad que éstos evidencian como medios de comprobación de la conclusión (cfr. CCDV, 6/7/94, *Sem. Jur.* 73-82; CCMJ, 8/3/94, LLC, 995-542, citados en MARTÍNEZ CRESPO, Mario- MAINA, Nicolás, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, ed. Advocatus, Córdoba, 2012, p. 399). En igual sentido, se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia (cfr. Sala Civ. y Com., *in re* "Rodríguez Silvia Adriana c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba -Ordinario- Recurso directo" (R-09/05), Sent. n.º 91, del 13/8/2008).

En esta empresa, resulta dirimente -por un lado- la competencia del perito, pues a partir de ella el juez podrá juzgar la pertinencia y eficacia de la prueba (art. 199 del CPCC); y -por el otro- la fundamentación brindada por el facultativo para arribar a sus conclusiones, ya que permitirá al juzgador ilustrarse con relación los hechos sobre los que se debe probar y ejercer un control sobre la razonabilidad y verosimilitud de las respuestas dadas a los puntos de pericia.

Examinado, atentamente, el dictamen elaborado por la perito oficial no se advierte motivo para apartarse de él (fs. 254/72). La corredora inmobiliaria reúne la competencia requerida en orden a expedirse sobre los puntos de pericia, ya que informó y determinó los valores de los inmuebles, indicando que ellos son similares, por lo que despejó cualquier duda sobre la desproporción en las prestaciones y, menos que pueda tildarse de notable u ostensible desproporción.

A la par, estableció sus conclusiones de manera fundada, nada de lo cual sucede con la afirmación del Juzgador cuando dice a fs. 659 vta., que la inspección ocular evidencia la desproporción de las prestaciones. No dice el Juez a quo por qué esa piezas probatoria muestra esa desproporción, ni tampoco se desprende de una detenida lectura de dicha inspección. Sabemos que el dictamen pericial no es vinculante para el juez, pero ello no implica que pueda dejarse de lado cuando el peritaje acerca pautas orientadoras. En este sentido, el Juez al valorar la prueba debe responder a pautas de razonamiento lógico que excluyan la posibilidad de absurdo (Varela, C. "Valoración de la Prueba" Bs.As., Astrea, p. 302/03).

En este aspecto, nuestro más Alto Tribunal Provincial ha resuelto que: “El art. 283, C.P.C. dispone que el mérito del dictamen pericial se apreciará según las reglas de la sana crítica racional. Es obvio que el imperativo legal no se encuentra condicionado a la existencia de informe del perito de parte que contradiga las conclusiones del dictamen, pues simplemente la ley no menciona tal cortapisa. Por el contrario, la tésis del dispositivo se dirige a brindar al juzgador una herramienta útil para desconocer la eficacia convictiva de aquellos dictámenes que se presenten claramente inidóneos, conforme a lo que indican las reglas de la lógica o del pensamiento y de la experiencia. De todos modos, es dable aclarar que, tratándose de la valoración de cuestiones de orden técnico brindadas por un especialista, son obvias las limitaciones del juez en orden a la refutación de las conclusiones a las que haya arribado el perito. Así, puede resultar viable la desestimación de la prueba cuando el dictamen presenta argumentos claramente contradictorios; pues determinar la invalidez de un razonamiento, cuando el mismo ha sido construido mediando la afirmación y negación conjunta respecto a una misma cosa, un mismo sujeto o un mismo objeto, constituye una operación mental que no depende de profundos conocimientos en la materia de que se trate. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto a la evaluación de la suficiente o insuficiente motivación de un dictamen pericial (violación al principio de razón suficiente). Esto así, pues la determinación de los fundamentos apropiados para arribar a una conclusión respecto a una materia ajena al normal saber y entender del judicante, insoslayablemente requiere del pertinente asesoramiento especializado, indicativo de los aspectos técnicos de los que depende la conclusión que se cuestiona.... El juez no puede, en principio, desde su condición de componedor del conflicto jurídico, enervar una conclusión propia de ciencias, artes, técnicas y prácticas ajenas al derecho, sin un parámetro técnico, objetivo e impersonal, que así lo indique. Esto no significa que el juzgador deba respetar las conclusiones periciales que no han sido refutadas por otra opinión especializada, cuando se advierta la palmaria irracionalidad de las mismas mediante el mero auxilio del sentido común. En efecto, ya hemos señalado que el sistema de apreciación de pruebas instrumentado en nuestro régimen procesal (reglas de la sana crítica racional), incluye como herramienta de evaluación a las reglas de la experiencia. Estas son, precisamente, el medio apto para enervar cualquier elemento de prueba cuya tendencia convictiva se oponga a lo que indica el curso natural y ordinario de las cosas, o el normal saber y entender de una persona de culto medio... Sin embargo, cuadra destacar que las reglas de la experiencia propias del sistema de la sana crítica racional, no aluden al conocimiento subjetivo del juez, sino a la objetivación de reglas extraídas de las consecuencias naturales y/o lógicas de los hechos y de las cosas que acaecen diariamente, y que constituyen principios asequibles a la generalidad de las personas de un saber culto medio”. (TSJ, Sala CyC., “Crucianelli Fernando y otro c/ Provincia de Córdoba - Ordinario - Recurso Directo”, Sent. N° 188/2001, doctrina reiterada en numerosos pronunciamientos posteriores, v.g., Sentencias N° 95/2013, 16/2015 y 49/2016).

A ello se añade que: “Asimismo, “conforme nuestro ordenamiento procesal vigente, el perito de control es un verdadero ‘perito técnico’, que actúa en juicio bajo la supervisión del tribunal aún cuando haya sido propuesto por una de las partes. Consecuentemente, su opinión -en tanto fundada en razones objetivas- no sólo que puede, sino que debe ser tenida en cuenta por el juzgador al momento de motivar su pronunciamiento, e incluso puede ser preferida de encontrarse en ella razones más valederas que el peritaje oficial. Así surge, con claridad, de lo normado en el art. 283 CPCC que establece la obligatoriedad del Tribunal de considerar, en la ponderación de la prueba, los informes de los peritos de control” (TSJ, Sala C. y C., “Rodríguez, Silvia Adriana c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Ordinario - Recurso Directo”, Sent. N° 91/2008), a condición de que el informe del perito de control refiera al dictamen presentado por el experto de oficio, pues de otro modo, no podrá ser tenido en consideración (art. 278 CPCC).

Por ello, en el caso sub examine, resulta difícil justificar el apartamiento de la pericial inmobiliaria rendida, para apoyarse en la inspección ocular, que nada dice sobre los valores de las distintas prestaciones. Es el leal saber y entender del Juzgador enfrentado a las conclusiones de la experta, especialista en materia inmobiliaria. En este punto, frente a la discrecionalidad que puede dimanar del análisis de la inspección ocular y lo informado por el perito, estimo que no hay razones que autoricen a dejar de lado la pericial realizada por la corredora inmobiliaria, que muestra claramente que no hay diferencia notables o evidentes en las prestaciones.

Tampoco puede sostenerse válidamente que la diferencia que surgen de las valuaciones fiscales es pieza probatoria de suma importancia para acreditar una desproporción intolerable en las prestaciones. No sólo sería incurrir en una prueba rígida que el sistema no lo permite, sino también desco-

nocer la razón misma de la disposición legal, que contempla que la lesión como vicio del principio de buena fe de las partes contratantes, cuando una de ellas conociendo el estado de inferioridad del otro, se aprovecha de esta situación para obtener una desproporción notable en las prestaciones. La diferencia en los valores fiscales entre los inmuebles, objeto del negocio jurídico de permuta, no altera la nota de reciprocidad propia de los contratos onerosos. Se insiste una vez más con este concepto, la desproporción en las prestaciones debe arrojar un desequilibrio excesivo. La prueba de este requisito no se satisface con la sola documental que muestra una diferencia en la tasación de las propiedades, ya que es de público que dicha tasación tiene otra finalidad, muy distinta a las partes tienen cuando celebran un acto jurídico oneroso.

Esgrimir de nulidad el contrato de permuta concertado entre el actor y el demandado pierde vista que se rompe con el principio de autonomía privada, por lo que es menester que se acrediten acabadamente los presupuestos que exige la figura de la lesión para proceder a declarar la invalidez del negocio jurídico (art. 954 del C. Civil velezano). (Ver: Hinestrosa, F. "Tratado de las Obligaciones" II. De las Fuentes de las Obligaciones: el Negocio Jurídico". Colombia. Universidad Externado de Colombia, p1137/8).

Siendo así, en mi opinión, el elemento objetivo que requiere la figura de la lesión contenido en el art. 954 del C. Civil derogado, no ha sido demostrado. Dicho aserto me exime de entrar a considerar los agravios relativos al informe del experto de control y a lo esgrimido por la demandada en el agravio reseñado en la letra a) del presente.

Otra queja de la recurrente está referido al estado de inferioridad emocional que ha tenido en cuenta el Juzgador. Es decir, el agravio en pocas palabras alude a la ausencia de otro de los elementos que exige la lesión, elemento subjetivo que padecería la víctima del negocio jurídico.

La parte actora al demandar expresó que el día 8 de marzo de 2013, a las 16.30 hs., se apersonó con el domicilio de Charcas 1873 de barrio Pueyrredón el demandado, Alfredo Rairz (sobrino del actor) con su escribano y "aprovechándose de mi estado de salud logró que suscribiera la escritura cuya nulidad por lesión vengo a demandar", añadiendo por el "estado de salud que padece, la deficiencia renal que me obliga a realizarme diálisis tres veces por semana desde el 7 de marzo del 2013, sesiones de cuatro a cinco horas diarias, lo cual repercute directamente en lo psicológico causándome un cansancio, agotamiento y estado de debilidad que me impide pensar con claridad. Inmediatamente después de cada diálisis me encuentro en estado de "sopor", agotamiento, debilidad total, todo lo cual me impide e impidió expresar una voluntad sana y sin vicios (sin remarcar en el original) (ver fs. 2). Bien puede expresarse que quien acciona es la cónyuge del actor y no éste, ya que el Sr. Cheble falleció.

No se pone en tela de juicio la dolencia que acusaba el Sr. Cheble, ni la fecha en que se le practicó diálisis, 7 de marzo de 2013 (fs. 326), enfermedad que traía de años atrás, como se detalla prolijamente en el alegato de la parte actora (ver fs. 514/516 vta.). El diagnóstico con que fue internado el Sr. Cheble el día 7 de marzo decía que se trataba de un paciente de 79 años con APP de Tu e IRCT que ingresa con indicio de mal estar general. Tenía anorexia y náuseas asociado a pérdida de peso general anémico, CT 13. Se ingresa para colocación de catéter, inicio de TRR con hemodiálisis y control de paciente (fs. 347). Esta fecha se pone de manifiesto, atento que el 8 de marzo de ese año se suscribió el instrumento público que contiene el contrato de permuta.

La demanda y el alegato ubican el elemento subjetivo de la lesión en la ligereza, dado el estado de salud que presentaba el Sr. Cheble con anterioridad a la fecha de la celebración del contrato de permuta. Los elementos necesidad como carencia de alguna cosa, o inexperiencia como falta de los conocimientos necesarios para realizar el acto jurídico no están aludidos en el sub lite. El estado de inferioridad que se describe en el Sr. Cheble está dado concretamente por su estado de salud.

Entonces, queda comprobar si efectivamente dada la enfermedad que padecía el actor Cheble, lo colocaba en una situación de inferioridad, que le privaba de encontrarse en una situación de equilibrio al momento de concertar el negocio jurídico.

Sobre el particular, puede decirse que la dolencia que aquejaba al demandante debía producir una merma en su voluntad, o como lo dice la cónyuge del Sr. Cheble al demandar, no tuvo la oportunidad de expresar una voluntad sana, sin vicios. Fue sorprendido o “emboscado” (expresión utilizada por la actora al momento de contestar agravios a fs. 737,) por el demandado, su sobrino, en casa del actor para suscribir el contrato de permuta.

Siguiendo el detalle exhaustivo que realiza la parte actora en su alegato sobre las piezas probatorias médicas, que muestran la envergadura de la dolencia que acusa el Sr. Cheble, le permiten afirmar a esta parte que esta persona se encontraba en estado de debilidad y vulnerabilidad, muy anciano y enfermo (fs. 515 vta.).

Ahora bien, este estado de salud que presentaba el Sr. Cheble al momento de firmarse el instrumento público, no autoriza sin más a sostener que se configura la situación de ligereza, contemplada en el art. 954 del C. Civil derogado. Este elemento requiere una disminución de la voluntad, o una disminución del discernimiento, prueba que no se ha producido a fin de poder afirmar que el Sr. Cheble trató y contrató en estado de inferioridad por ausencia parcial de voluntad o por falta de discernimiento.

Se trata de un estado patológico de debilidad, de inferioridad mental o deficiencia psíquica que, en el caso de autos, reitero, no se encuentra acreditada. La víctima de la lesión sería una persona que no tiene plena capacidad de discernir; su estado le impide conocer el alcance de sus actos (ver testimonial de fs. 407). (Aparicio, J. M. “Contratos” Bs.As. Hammurabí. 2016, T. 2, p. 211; Rivera, J.C. “Lesión” en Estudios en Homenaje al Dr. Guillermo Borda. Bs.As. La Ley., p. 328; Moisset de Espanés, L. “La lesión y el nuevo art. 954 del C. Civil”. Bs.As. 1976, p.91; Brebbia, R. “Hechos y Actos Jurídicos” Bs.As. Astrea. 1995. T. II, p.247; Zannoni, E. op., cit., p.328. Cifuentes, S. “Negocio Jurídico” Bs.As. Astrea, 2006, p.603). Por otro lado, si se quisiera interpretar de manera amplia el requisito de la ligereza y comprender la situación sociocultural de la víctima, en el caso sub judice, ello no se da, atento que las piezas probatorias rendidas, como las informativas al Colegio de Abogados de esta Provincia, Caja de Jubilaciones y Pensiones, Caja de Abogados y Procuradores de Córdoba (véase fs. 312, 315/18, fs. 319/21, respectivamente) muestran claramente de la situación social y cultural del Sr. Cheble.

Desde otro ángulo, también se ha hecho valer para lograr la lesión la relación de afecto y confianza que mantenía el actor con el demandado, quien era su sobrino. Así, se dice que el demandado se aprovechó del estado de salud y lo “emboscó” (ver fs. 737) el día de la firma del instrumento público, junto con el escribano también demandado en el domicilio del Sr. Cheble.

Es difícil concebir cómo dos personas sorprenden o “emboscan” a la víctima en su casa y, aprovechándose su sobrino de su estado de inferioridad, por la edad y salud debilitada, le hacen firmar un instrumento público. Lo que ocurre ordinariamente es que las partes intervinientes han conversado sobre el contrato que pensaban efectuar, más allá de la conveniencia o no. La lectura detenida de la demanda permite inferir que el demandado, por su relación de parentesco y confianza, se presentó en la casa, conociendo del estado de salud del actor y, junto con el escribano, le hicieron firmar el instrumento público.

Esta manera extraordinaria de realizar el negocio jurídico cuya nulidad se solicita en los presentes, no ha sido probado. Repárese que le damos al concepto ligereza contenido en el art. 954 del C. Civil velezano una interpretación amplia, dando lugar a supuestos que en rigor, no están alcanzados por dicho concepto. Pero la sorpresa, la emboscada, requerían de una prueba que autorizara a presumir que el sobrino actuó de esa forma. No por la simple circunstancia que el demandado fuere sobrino del Sr Cheble debió aprovecharse de su situación de inferioridad.

Queda claro que el alma del negocio jurídico es la voluntad, lo cual supone que se formó sin vicios y fue expresada en condiciones de igualdad y equilibrio. De allí que la lesión constituya el remedio adecuado para impedir que se quiebre esa situación de equilibrio. La figura de la cual hablamos pone límites a una ventaja injusta o aprovechamiento que rompe la pretendida igualdad que debe existir entre las partes. Ahora bien, la misma figura adelanta que se debe dar ciertos presupuestos para llegar a la declaración de nulidad, tales como: una ventaja desproporcionada, notable, evidente que hiera el

sentido de justicia, lo cual no se probó, como así tampoco se acreditó, una situación de inferioridad en la víctima del aprovechamiento (Ver: Linacero de la Fuente, M. "Ineficacia y Rescisión del Negocio Jurídico. La Ventaja Injusta" Valencia. Tirant lo Blanch, 2019, p. 43/5).

En efecto, no se probó que la enfermedad que padecía el Sr. Cheble al momento de suscribir el instrumento público le haya impedido discernir o privado de su capacidad; tampoco se acreditó que hubiera sido sorprendido en su buena fe por su sobrino y el escribano que fue a su domicilio a fin de firmar la escritura pública que contenía el contrato de permuta; menos aún se demostraron todas la cuestiones personales que se relatan en la demanda (ver fs. 3 vta., y fs. 5 vta.) y que permitieran inferir que el sobrino del Sr. Cheble podría haberse aprovechado.

VI. Atento lo expuesto, el agravio vertido por la demandada respecto a la liberación del escribano público demandado, Miguel Sánchez Maluf deviene materia abstracta, por lo que no corresponde su análisis.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. LEONARDO C. GONZÁLEZ ZAMAR, DIJO:

I. En orden al recurso de apelación interpuesto por la demandada, comparto la solución propuesta por mi apreciado colega Dr. Julio Sanchez Torres en todo cuanto dispone admitir el recurso de apelación y en consecuencia rechazar la demanda.

II. Dado la disidencia efectuada en los presentes por el Dr. Julio C. Sánchez Torres, y lo propuesto por la Dra. Claudia Zalazar, ello me obliga a fundar mi voto por estricto mandato legal (art. 382 C.P.C.).

III. En orden a la discordancia entre mis colegas, cabe hacer presente que:

a) El Sr. Abdón Antonio Cheble promovió demanda en contra del Sr. José Alberto Raisz reclamando la nulidad del contrato de permuta instrumentado en la escritura pública número 24 del 8 de marzo de 2013 confeccionada por el escribano público Sánchez Maluf.

En el marco del referido contrato, el demandado entregó al actor un inmueble ubicado en el edificio "Gran Galería Comercial del Centro", sito en calle San Martín Nº 60/64/66/68 -1 piso "C"-, mientras que el Sr. Abdón Antonio Cheble transfirió a favor del accionado un inmueble ubicado en calle Charcas Nº 1873, ubicado en barrio inglés del municipio de esta Ciudad.

b) El Iudex a quo hizo lugar a la demanda, señalando -en síntesis- que en el caso quedó acreditada una evidente desproporción de las prestaciones entre las partes, sin justificación alguna. Al respecto dejó de lado la pericial rendida en autos a los fines de determinar los valores de los inmuebles objeto del contrato, bajo el argumento de que no se encuentra debidamente fundada y por ende carece de valor científico. A su vez tuvo en cuenta los valores de los inmuebles plasmados en la escritura, señalando además que la inspección realizada en aquellos, puso en evidencia la desproporción de los valores de tales bienes. Sostuvo asimismo que el actor cuando suscribió la escritura de permuta hoy cuestionada, se encontraba en un evidente estado de inferioridad emocional que no le permitía evaluar adecuadamente las implicancias del negocio jurídico que estaba realizando.

c) Por su parte, el apelante pretende la revocación de la sentencia y que se rechace la demanda, todo en base a los agravios que han sido reseñados en los votos precedentes a los que remito.

d) El señor Vocal del primer voto, Dr. Julio Sánchez Torres, concluyó que cabe hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia, debiendo rechazarse la demanda incoada en todas sus partes, con costas a la actora.

Sostuvo que en el caso no ha quedado acreditada la notable desproporción de prestaciones a la luz de lo dispuesto en el art. 954 CC.

En tal línea enfatizó que no puede compartirse el argumento del Iudex de que la inspección realizada en marzo de 2018 puso en evidencia la desproporción de valores de los inmuebles objeto del contrato de marras y que la sola diferencia de las valuaciones fiscales no sirve por sí para demostrarlo.

Afirmó que el dictamen de la perito oficial se expide sobre los puntos de pericia, e informa fundadamente los valores de los inmuebles, despejando cualquier duda sobre la desproporción de las prestaciones.

Agregó que no se justifica el apartamiento a la pericia rendida para apoyarse en una inspección judicial, ni tampoco en las valuaciones fiscales.

Por su parte y respecto al agravio relativo al estado de inferioridad emocional del Sr. Cheble, señala que no se probó que al momento de suscribir el instrumento público, la enfermedad que padecía le haya impedido discernir o privado de su capacidad. Que tampoco se probó que el demandado hubiera sorprendido en su buena fe al actor.

Por último, expresó que el agravio relativo a la liberación del escribano público demandado, Miguel Sánchez Maluf, deviene abstracto.

f) Por su parte, la señora Vocal Dra. Claudia E. Zalazar, formuló disidencia concluyendo que debe por rechazarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia en todos sus términos ya que se configura el supuesto de lesión previsto en el art. 954 CC, norma aplicable al caso. Como sustento de su posición, expresó al desglosar el tratamiento de los agravios que corresponde el rechazo de la primera censura referida a la violación del principio de congruencia al no tratarse las defensas opuestas y las afirmaciones acerca de los elementos que conformaban el negocio de la permuta, entre los cuales estaba el disfrute del bien inmueble de calle Charcas 1873 mientras viviese el Sr. Cheble. Sostuvo –en síntesis– que los argumentos del apelante, no logran modificar lo resuelto en la sentencia.

Respecto al segundo agravio, sostuvo que el Iudex explicó las razones por las que se apartó de la pericia oficial; las que fueron corroboradas por las conclusiones arrojadas por la pericia realizada en esta instancia por el representante del Cuerpo Técnico oficial, como fruto de la medida para mejor proveer dispuesta. Que dicha pericia da cuenta de la existencia de un desequilibrio entre los bienes intercambiados.

También desestimó los agravios nominados tercero y cuarto, también referidos al elemento objetivo de la lesión.

Rechazó asimismo el quinto agravio a través del cual el apelante cuestionó que se tuviera por acreditado en la sentencia el evidente estado de inferioridad emocional del actor y por ende el elemento subjetivo de la lesión prescripto en el art. 954 CC.

III.1. Ingresando al examen de la cuestión, el tema sobre el cual se presenta la disidencia de los señores Vocales preopinantes, a la luz de los agravios planteados en el recurso de apelación del demandado, requiere determinar si en el caso resulta ajustada a derecho la sentencia impugnada en cuanto declaró la nulidad con fundamento en el artículo 954 CC, de la permuta celebrada entre los señores Abdon Antonio Cheble y Alberto José Raisz, e instrumentada en la Escritura Pública N° 24 de fecha 8/3/13 labrada por el Escribano Público Miguel Sánchez Maluf, en relación a los inmuebles Mat. 2510/C del Dpto. Capital (11) y el inmueble Matrícula N° 130.451 del Dpto. Capital (11).

Al respecto, adelanto que comparto la solución que propicia el Señor Vocal de primer voto, Dr. Julio Sánchez Torres en cuanto a que corresponde hacer lugar al recurso de apelación del demandado y por ende revocar la sentencia, aunque por los motivos que paso a exponer.

III.2. En tal línea, cabe tener presente que la lesión puede conceptualizarse como el defecto del acto jurídico consistente en una desproporción injustificada de las prestaciones, originada en el aprovechamiento por una de las partes del estado de inferioridad de la otra (Rivera, Julio C. y Graciela Medina. Directores. Derecho Civil. Parte General. p. 802, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017).

El instituto de la lesión está destinado a conjurar situaciones de verdadero despojo en las que no queda duda de que se atenta contra elementales principios de equidad. De allí es que no puede utilizársela como medio para liberar a los contratantes de las consecuencias de un mal negocio o sustraerlos del cumplimiento de imprudentes compromisos.

En función de ello, resulta trascendente demostrar la concurrencia del “elemento objetivo” concretado en la desproporción de las prestaciones evidente y sin justificación, y el “elemento subjetivo” conformado por la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la víctima del acto lesivo y el aprovechamiento del lesionante de la situación de inferioridad en que se halla la víctima.

Al respecto cabe tener presente las enseñanzas del maestro civilista Luis Moisset de Espanés, cuando al comentar la reforma introducida al art. 954 CC por la ley 17.711 expresó que se “*procura caracterizar a la institución en su integridad, por el elemento objetivo de la desproporción de las prestaciones -sin establecer límites matemáticos y permitiendo al juez que aprecie la injusticia de esa desproporción sobre la base de dos elementos subjetivos: el aprovechamiento, y la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima*” (Moisset de Espanés, Luis. LA LESIÓN Y EL NUEVO ART. 954 DEL CÓDIGO CIVIL. - Versión grabada de la conferencia pronunciada el 16 de mayo de 1968, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Corregida y anotada por el autor especialmente para su publicación en Mundo Jurídico Nº 14, p. 84-94).

El instituto de la lesión enfrenta entonces, un problema de equilibrio entre valores y principios diversos del derecho contractual, que se justifica sólo gracias a la justa dosificación de tres requisitos: la grave desproporción de las prestaciones, la situación de inferioridad del lesionado y el aprovechamiento del lesionante.

La simple inadecuación de la relación entre las prestaciones (que no llegue al extremo de la ausencia de causa), no basta para activar este remedio de desequilibrios contractuales, porque -en línea de principio- en el derecho positivo vigente: el remedio se activa si a esa anomalía objetiva se acumula la subjetiva, dada por la situación de inferioridad de la víctima.

Es decir entonces que no sería suficiente esta última, por sí sola, porque tras cualquier decisión de contratar está presente un cierto grado de presión psicológica que impulsa a la parte al contrato (llámese miedo, necesidad, deseo o cualquier otro “motivo” que quiera evocarse). Hasta que la presión psicológica no degenera en verdadera y propia distorsión del proceso de decisión (vicios de la voluntad), se la considera un dato no patológico del proceso contractual, que abre la vía al remedio si se le agrega el objetivo intercambio desproporcionado. Pero ni siquiera la mixtura de ambos elementos es suficiente para configurar la lesión, si no concurre -además- la reprobación del comportamiento de la parte que ha obtenido ventaja del contrato, dada por su aprovechamiento.

En definitiva, la lesión se produce si convergen juntos los tres requisitos, que todos juntos la justifican. Si se prescinde de cualquiera de ellos, el instituto no cobra operatividad en el caso concreto (cfr. Roppo, Vincenzo: *El Contrato*, trad. por Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 810/811).

De este modo, así como el ordenamiento protege al contratante cuya voluntad no se ha formado libremente por un vicio de la voluntad (v. gr. dolo), también atiende a aquellos escenarios contractuales en los que la voluntad queda limitada por una situación de inferioridad de una de las partes que la otra aprovecha para obtener un beneficio excesivo (cfr. Linacero de la Fuente, María: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 45).

III.3. A la luz de estos lineamientos debe examinarse la procedencia de la anulación de la permuta, pretendida por el actor, teniendo en cuenta los agravios planteados por el demandado en su recurso.

Comenzaré por la crítica que formula el apelante a la sentencia en cuanto tiene por configurado el requisito objetivo de la lesión, esto es, la existencia de una “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación” apartándose del dictamen de la pericia oficial.

Al respecto estimo oportuno hacer presente que a fin de que un dictamen pericial tenga eficacia probatoria, es necesario que reúna ciertos requisitos de fondo o contenido entre los cuales, uno de los más importantes es que se encuentre fundado, es decir, que contenga explicitación de la razón de la ciencia en que se sustenta.

De allí que, si el perito se limita a emitir su dictamen sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, será dogmático y carente de eficacia. Tampoco resulta eficiente un dictamen en el cual las explicaciones del perito, no son claras o resultan contradictorias.

En efecto, el dictamen pericial no debe ceñirse a proposiciones ni conclusiones dogmáticas, sino que debe presentar un discurrir argumental fundado lo suficientemente, a fin de posibilitar al juez una fuente de convencimiento de que los conocimientos técnicos, que exceden a su normal entender, son efectivamente como propone el perito.

En tal lineamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha resuelto que el dictamen pericial: *"...no cumple con los requisitos para su eficacia probatoria (...) (cuando el) profesional se ha limitado a establecer (sus conclusiones) sin dar una sola explicación fundada que justifique las conclusiones a las que ha arribado."* (Fallos: 318:1632, "Diprom S.A.C.I.F.I.").

Resulta dirimente entonces, la fundamentación brindada por el facultativo para arribar a sus conclusiones, ya que permitirá al juzgador ilustrarse con relación los hechos sobre los que se debe probar y ejercer un control sobre la razonabilidad y verosimilitud de las respuestas dadas a los puntos de pericia.

Y en el caso de autos, la perito oficial, al responder en su dictamen los puntos de pericia referidos a la determinación del valor de los inmuebles objeto de la permuta cuya nulidad se reclama en la demanda, señala respecto al inmueble individualizado como Unidad 48 sito en Gran Galería Comercial que el valor venal al día 8 de marzo de 2013 es de \$ 960.000 y que el valor actual venal del inmueble es de \$ 1.450.000. Afirma que para llegar al precio actual aplicó el método comparativo-empírico, tomando los factores extrínsecos (zona cuadra manzana barrio) y los factores intrínsecos dimensión, superficie, aproximadas, sumando los aspecto técnico jurídico-económico; los comparativos de los antecedentes de oferta y demanda de inmuebles con similares características y dimensiones (puntos 1,2,3, fs. 254/256). Por su parte y respecto al inmueble sito en calle Charcas N° 1873, sostuvo que el valor venal al día 8 de marzo de 2013 es de \$ 835.000 y el valor actual es de \$ 1.250.000, señalando el método utilizado para llegar a este último valor. También indicó la descripción y características de este inmueble, teniendo en consideración las características de la edificación, superficie construida, distribución de ambientes, estado de conservación y mobiliario existente. También indicó la rentabilidad estimada en cuanto a su valor locativo (fs. 256/259).

En tal contexto, la pericia oficial luce insuficiente ya que si bien la experta alude a los métodos utilizados a los fines de establecer el valor de los inmuebles de marras, luego no los desarrolla, privando al tribunal de la posibilidad de controlar la corrección de las premisas y procedimiento utilizado a tales fines.

Otra cuestión que le resta eficacia convictiva a la pericia es que no efectúa referencia alguna a la base imponible de los inmuebles. Al respecto aunque la valuación fiscal tiene una finalidad tributaria específica, ninguna referencia hizo de ella el dictamen, pese a que la perito señaló que consideró tanto los aspectos técnicos, jurídicos y económicos. En tal línea, debe destacarse que los contratantes asignaron relevancia al valor de la base imponible al señalar expresamente en la contratación que "se permutan ambos inmuebles por sus bases imponibles" (cfr. copia del primer testimonio de Escritura Pública N° 24 "A" del 8/3/13, fs. 16).

Por su parte y contrariamente a los déficits que enervan la eficacia convictiva de la pericia examinada –que justificaron el apartamiento a sus conclusiones por parte del Iudex–, considero que el dictamen efectuado en esta instancia por el Cuerpo Técnico Oficial, posee aptitud en cuanto a la información acerca del valor real de las propiedades permutadas.

En efecto, el dictamen confeccionado por el Perito Sr. Jorge Carlos Gait, da clara cuenta de los métodos de tasación que ha utilizado y de los principios aplicables, conforme a las normas TTN 1.1 del Tribunal de Tasación de la Nación.

A la par de ello, es importante mencionar que la prueba en cuestión, aporta al Juzgador más elementos para poder hacer una adecuada comparación de los bienes permutados y tiene en cuenta asimismo la valuación fiscal pertinente.

En tal línea, el experto dictamina: “a) Valor Estimado del inmueble ubicado en la calle san Martín n 70, Primer Piso, Local “C” de uso comercial, por el método empírico y comparativo sin homogenizar, al 08/03/2013 y al 22/04/2013! (por la escasa diferencia de tiempo, no determino distintos valores), es de Pesos Trescientos noventa mil setecientos ochenta y nueve (\$ 390.789,00). Bases Imponible de la D. Rentas: \$ 171.965,00-año 2013. Valuación Fiscal: \$ 13.967,13-año 2013. b) Valor Estimado del inmueble destinado al uso familiar, sito en la calle Charcas Nº 1873, por el método separativo y el método comparativo, al 08/03/2013 y al 22/04/2013! (por la escasa diferencia de tiempo, no determino distintos valores), es de Pesos Un millón seiscientos cuarenta y dos mil (\$ 1.642.000,00). Base Imponible de la D.G.R para el año 2013: \$ 460.006,00- Valuación Fiscal para el año 2013 \$ 37.268,80” (cfr. SACM, presentación digital de fecha 16/4/21, 11:33 hs.).

Tal probanza, aparece fundada en criterios científicos y refleja el procedimiento y métodos aplicados a los fines de establecer el valor de los inmuebles objeto de la permuta. Por tales motivos he de estar a sus conclusiones que reflejan que media entre el valor de los inmuebles permutados una “desproporción evidente” a la fecha en que se celebró la permuta.

V. Corresponde a continuación examinar los agravios del apelante enderezados a poner de relieve que no se verifica el elemento “subjetivo” de la lesión y que por ende que cabe revocar la sentencia.

En tal línea el actor en la demanda señala que el demandado Sr. Alfredo Raisz se apersonó en el domicilio de calle Charcas Nº 1873, el día 8 de marzo de 2013, a las 16:30 hs. junto a un escribano y “aprovechándose de mi estado de salud logró que suscribiera la escritura cuya nulidad por lesión vengo a demandar”. El actor expuso que su estado de salud es malo, que padece -deficiencia renal- que le obliga a realizarse diálisis tres veces por semana desde el 7 de marzo de 2013, lo que repercute en lo psicológico causándole cansancio, agotamiento y estado de debilidad que le impide pensar con claridad y que después de cada diálisis se encuentre en estado de “sopor” lo que le impide expresar una voluntad sana y sin vicios (cfr. fs. 2).

Ahora bien, está fuera de discusión el diagnóstico de la enfermedad que cursaba el Sr. Cheble, de 79 años a la fecha en que ingresó al Sanatorio Allende el día 7/3/13 a los fines de la colocación de un catéter provisorio y luego fue derivado al Servicio de Nefrología con hemodiálisis (cfr. fs. 347).

También surge de autos que el día siguiente, fue dado de alta y que regresó a su domicilio. Asimismo está acreditado que la contratación cuya nulidad se persigue fue firmada el día 8 de marzo de 2013, es decir inmediatamente después del alta médica; y en el domicilio del Sr. Cheble, en presencia de un escribano que se apersonó con el demandado.

Sin embargo, debe señalarse especialmente que tal cuadro de enfermedad del Sr. Cheble –que surge de los registros de la H.C. del Sanatorio Allende, fs. 325/326), no autoriza a concluir por sí, que haya incidido en su discernimiento colocándolo en una situación de obrar con ligereza, en los términos del art. 954 CC.

En otras palabras, a mi juicio no cabe inferir necesariamente que de la enfermedad que cursaba el actor, derivara una situación de disminución o en su discernimiento o estado de inferioridad para contratar a la luz de la norma citada.

Recordemos que el aspecto subjetivo de la lesión importa un estado patológico de debilidad, inferioridad mental, o deficiencia psíquica y de ello no hay prueba en autos.

En efecto, siguiendo a Llambías, la ligereza en sentido técnico, alude a un estado psíquico y patológico, en el que se encuentra el sujeto que no mide el alcance de las obligaciones que contrae,

no porque no quiera verlas, sino porque no puede hacerlo en razón de su situación de inferioridad mental (Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado. Doctrina- Jurisprudencia. T. II-B, p. 109, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979).

Tampoco puede señalarse que por el hecho que el negocio jurídico haya sido celebrado en el domicilio de una de las partes que está cursando una enfermedad renal y que una de ellas sea el sobrino de la otra, importe por ello una “emboscada”.

Al respecto la lesión prevista en el art. 954 CC. requiere un “aprovechamiento” frente a una víctima en situación de inferioridad para tomar la decisión voluntariamente. Y sobre este punto no hay prueba tampoco. No se acreditó que el sobrino y el escribano se hubieran aprovechado del actor.

Cabe agregar que tampoco se demostraron las demás circunstancias indicadas por el actor en la demanda tales como que es probable que le haya comentado a su sobrino que el 13/12/11 había redactado un testamento ológrafo a favor de su esposa donde le legó todos sus bienes incluido el inmueble de calle Charcas.

En tales condiciones y siendo que para la configuración de la lesión, deben concurrir tanto el elemento “objetivo” –evidente desproporción entre las prestaciones- como el “subjetivo” –en el alcance ya expresado- y que en autos, no se verifica este último recaudo, ello me lleva a concluir, que cabe hacer lugar al recurso de apelación y dejar sin efecto la sentencia impugnada, rechazándose la demanda de nulidad interpuesta.

VI. A mérito de lo expuesto, el agravio vertido respecto a la liberación del escribano público demandado Miguel Sánchez Maluf, deviene abstracto, lo que me exime su análisis.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA. VOCAL DRA. CLAUDIA ZALAZAR, DIJO:

1. Ingresando al análisis del recurso de apelación, he de plantear mi respetuosa disidencia con los Vocales preopinantes en relación a la suerte de la apelación planteada, por las razones que a continuación explicitare.

2. Primer agravio

En un primer agravio refiere el recurrente que se ha vulnerado en autos el principio de congruencia, del que deriva la importancia de que el Juez escuche a cada parte en el proceso. Considera que la mera transcripción del escrito de contestación de la demanda no satisface el principio de congruencia, ya que el A quo no ingresa luego en los considerandos a analizar las sustanciales defensas opuestas por su parte al progreso de la acción.

Invoca que nada dice el pronunciamiento sobre sus afirmaciones acerca de que formaba parte del negocio jurídico de permuta, además del local comercial cuya propiedad y posesión se ha transferido, que el demandado mantuviera a su disposición el inmueble de calle Chacras 1873, con el consecuente beneficio patrimonial a su favor. Añade que se acordó asimismo que la oficina quedaría disponible para él desde el momento de la celebración de la permuta, con lo cual podía desde ese momento estar alquilando dicha propiedad.

Invoca que no existe una diferencia de valor entre los inmuebles, ni su uso o alquiler resultan desproporcionados entre sí.

Alega, en consecuencia, la inexistencia de un elemento objetivo de la lesión (desproporción de las prestaciones).

Afirma que el costo patrimonial para su parte del negocio no se limitó a la entrega del dominio y de la posesión del local comercial, sino que además se integró con la imposibilidad de disfrutar el bien inmueble de calle Charcas 1873 mientras viviese Cheble, no pudiendo obtener ventaja patrimonial durante tal periodo.

Refiere que la falta de acreditación de estos extremos importa una falta de fundamentación para el pronunciamiento.

En respuesta a estos planteamientos debo señalar que si bien es cierto que el Juez no hace mención a la invocación de su parte de que estos otros extremos integraban el negocio jurídico acordado entre las partes, lo cierto es que no se ha probado en autos, por una parte, que esto fuera así, esto es el carácter complejo del negocio celebrado y, por otro lado, que el valor económico de esta “*pérdida de beneficio económico*” haya sido suficiente para equilibrar el desequilibrio entre las contraprestaciones (en otras palabras, que valor se le habría asignado a ese supuesto permiso de uso).

En efecto, no surge de la escritura de permuta que el valor recibido por el actor por la permuta estuviera configurado por un contenido complejo, integrado por el bien recibido y otros beneficios. Por el contrario, expresamente reza la escritura “*CONTINUAN EXPONIENDO los señores Alberto José RAISZ Y Abdón Antonio CHEBLE, que dejan formalizada la presente permuta con arreglo a derecho, declarando que se permutan ambos inmuebles por sus Bases Imponibles, no entregándose ningún dinero...*” (resaltado agregado, fs. 16).

Se advierte que expresamente se descarta la existencia de otros elementos que integran la permuta más allá de los bienes. Resulta llamativo que si este otro extremo iba a integrar la operación no fuera expresamente contenido en el negocio celebrado; o que no se hubiera indicado directamente que la permuta era del local por la nuda propiedad durante la vida del actor.

De otro costado, el propio texto de la escritura indica que el intercambio se limitó a los bienes por el valor de sus bases imponibles. Si tenemos en cuenta esta manifestación de las partes, y la propia constancia del escribano actuante del valor al que ascendían a esa fecha las bases imponibles (\$171.965 y \$460.006), resulta evidente el desequilibrio entre los bienes intercambiados.

Desequilibrio que se encuentra respaldado por las conclusiones a las que arriba la pericia realizada por el perito designado por el Cuerpo de Peritos del Área de Servicios Judiciales, como medida para mejor proveer.

En efecto, resulta del dictamen pericial efectuado por el perito tasador Jorge Carlos Gait, designado por la Dirección de Servicios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia e introducido al proceso mediante presentación digital de fecha 16/04/2021 a las 11:33 horas que, tal como se infería de las bases imponibles a la fecha de la celebración del acto impugnado, las que han sido valoradas por el A quo como elemento dirimente, resulta acreditado la existencia de un desequilibrio entre los bienes permutados.

Concluye el idóneo “... a) *Valor Estimado del inmueble ubicado en la calle san Martín n 70, Primer Piso, Local “C” de uso comercial, por el método empírico y comparativo sin homogenizar, al 08/03/2013 y al 22/04/2013 (por la escasa diferencia de tiempo, no determino distintos valores), es de Pesos Trescientos noventa mil setecientos ochenta y nueve (\$ 390.789,00). Bases Imponible de la D. Rentas: \$ 171.965,00-año 2013 * Valuación Fiscal: \$ 13.967,13-año 2013” y “b) Valor Estimado del inmueble destinado al uso familiar, sito en la calle Charcas Nº 1873, por el método separativo y el método comparativo, al 08/03/2013 y al 22/04/2013 (por la escasa diferencia de tiempo, no determino distintos valores), es de Pesos Un millón seiscientos cuarenta y dos mil (\$ 1.642.000,00). Base Imponible de la D.G.R para el año 2013: \$ 460.006,00-* Valuación Fiscal para el año 2013 \$ 37.268,80”.*

Estas conclusiones, junto con el valor de las bases imponibles, elemento al que en la propia escritura le asigna carácter dirimente (“se permutan ambos inmuebles por sus Bases Imponibles”) resulta a mi entender, determinante para la suerte de este primer agravio. En efecto, tal como se señaló, no se acreditó que se haya acordado como parte del “precio de permuta” y con el fin de equilibrar las prestaciones intercambiadas la conservación del uso del bien transmitido por el actor hasta su muerte.

Por otra parte, si nos atenemos al valor locativo informado por el perito oficial (única prueba obrante en autos teniendo a acreditar el valor de tal uso), Pesos 7.333 (Fs.256), lo cierto es que serían necesarios 39,28 meses para equilibrar la diferencia entre las bases imponibles de ambos bienes (\$

288.041) y 170 meses para equilibrar la diferencias si estamos al valor de tasación real de ambos bienes (\$1.251.211).

Considero que no se ha probado en autos que haya integrado el valor de intercambio el valor por el uso del bien, como invoca el recurrente; ni tampoco que dicho valor haya sido suficiente para equiparar las prestaciones recibidas.

En consecuencia, los argumentos expresados en el primer agravio resultan insuficientes para una modificación de lo resuelto.

3. Segundo agravio

En un segundo agravio critica el recurrente el apartamiento de las conclusiones a las que arriba la perita oficial en autos.

He señalado reiteradamente, como integrante de la Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, que, si bien en principio, no corresponde apartarse de las conclusiones a las que arriba el perito designado de oficio en la causa, ello es siempre y cuando las mismas no se encuentre controvertida por otra prueba independiente y el dictamen pericial luzca debidamente fundado en criterios científicos. En otras palabras: no es factible señalar sin más que el dictamen efectuado por un idóneo es de seguimiento obligatorio para el Magistrado, si una valoración de las pruebas de acuerdo a la sana crítica racional conducen éste a una solución diversa; o si el dictamen presenta serias deficiencias en su confección y fundamentación.

En el caso de autos, considero que el Juez a quo explicó fundadamente las razones que propiciaron su apartamiento del dictamen pericial recaído en autos. Estas deficiencias apuntadas por el Magistrado, han quedado corroboradas por las conclusiones arrojadas por la pericia realizada en esta instancia, como fruto de la medida para mejor proveer dispuesta, por el representante del Cuerpo Técnico Oficial.

En efecto, la pericia técnica que se ha efectuado en esta instancia como medida para mejor proveer da cuenta de la existencia de un desequilibrio entre los bienes intercambiados y arriba a conclusiones muy diversas que las propuestas por la perito de primera instancia. La confrontación de ambas tareas periciales y las constancias de la causa me convencen de que conveniencia de dar preminencia a la labor técnica que se desarrolló en esta instancia como medida para mejor proveer.

Como se ha visto, la cuestión relativa a cuál era el valor real de las propiedades permutadas no era un dato menor, sino que era el eje central para permitir que las presentes actuaciones arriben a un resultado que se aproxime lo más adecuadamente posible a la verdad real de lo acontecido. Ello, sin perjuicio de que los propios contratantes habían asignado a la base imponible el carácter de elemento dirimente para el intercambio realizado.

Así las cosas, si nos guiábamos por el criterio expuesto en la propia escritura de permuta como medida de cambio, lo que había que confrontar era la base imponible de ambos inmuebles y en tal extremo el desequilibrio entre ambas propiedades era evidente, a tenor del propio texto de la escritura. *“CONTINUAN EXPONIENDO los señores Alberto José RAISZ Y Abdón Antonio CHEBLE, que dejan formalizada la presente permuta con arreglo a derecho, declarando que se permutan ambos inmuebles por sus Bases Imponibles...”*.

Esta hecho objetivo del que se parte, choca con las conclusiones a las que arriba la perito de primera instancia que daba cuenta de una diferencia en el valor real inexistente; sin explicar las razones que justificaran que, la distancia existente entre los valores de la base imponible, no se replicaba en el valor real de las propiedades.

Y eso resultaba llamativo, ya que la experiencia nos conduce razonablemente a una conclusión diversa (hecho que expresamente reconoce el recurrente en su expresión de agravios): que los valores de las bases imponibles se encuentran en la práctica ampliamente superados por el valor real de los bienes.

En el caso de autos, según el dictamen de la perito oficial, ello solo ocurría con el local comercial, más no con la casa; sin que se expliciten las razones por esta circunstancia. En efecto, conforme el dictamen oficial de primera instancia el local comercial, pasaba de tener un valor de base imponible de Pesos 171.965 a un valor real de \$960.000 (una diferencia de valor 5.58) más no en el caso de la casa, que pasaba de tener un valor de base imponible de \$460.006. a Pesos 835.000 (diferencia de valor de apenas 1,81, Fs. 254 y 256). Sin embargo, ninguna explicación ensayó la perito para justificar tales diferencias.

Esta fue la razón del apartamiento del Juez de las conclusiones de tal pericia y también las que motivaron la medida para mejor proveer que aquí se dispuso, ya que resultaba llamativo e infundada las conclusiones a las que se había arribado, sin que hubiera razones que explicaran las mismas.

Por el contrario, de las conclusiones a las que arriba el perito en esta instancia, se advierte, que el incremento del valor Estimado del inmueble ubicado en la calle san Martín n 70, Primer Piso, Local "C" de uso comercial, Pesos Trescientos noventa mil setecientos ochenta y nueve (\$ 390.789,00), con la bases Imponible de la D. Rentas: \$ 171.965,00-año 2013, fue una relación de 2.27 y que en el caso del inmueble destinado al uso familiar, sito en la calle Charcas Nº 1873, la relación entre el valor real Pesos Un millón seiscientos cuarenta y dos mil (\$ 1.642.000,00) y la Base Imponible de la D.G.R para el año 2013: \$ 460.006,00, fue de 3.56. Se aprecia que en este caso la diferencia entre valor real y base imponible no es tan marcada (ni tan exigua) como la resultante de primera instancia en el caso de ninguna de las dos propiedades.

Esta circunstancia, sumado a que el perito ha sido designado por los cuerpos técnicos del Poder Judicial, lo que resulta un elemento respaldatorio de su imparcialidad y que sus conclusiones resultan coherentes con la diferencia ya existente en las bases imponibles, me convencen de que el desequilibrio entre los valores intercambiados debe considerarse acreditado en autos y que, por lo tanto, resulta acertado el apartamiento de las conclusiones a las que arribó la perito de primera instancia.

Ello, ya que existe prueba independiente que habilita a apartarse de sus conclusiones y por otra parte, no aparecen sus las mismas fundadas en criterios científicos que las justifiquen. No desconozco que los principios que rigen el derecho tributario y que sellan la suerte de las bases imponibles son diversos a los del derecho privado; sin embargo, resulta llamativo que la distancia que existe entre las bases imponibles no se refleje en los valores reales de las propiedades, sin explicación alguna para tal situación.

En este contexto no es suficiente con invocar que el idóneo no está obligado a dar explicaciones hasta el infinito para desarrollar cada uno de los presupuestos de los que parte. Por el contrario, cuando se trata de una cuestión crucial para la resolución de la causa, esas explicaciones no solo son necesarias, sino que son justamente la razón por la que son convocados al proceso.

Y en este sentido, cabe advertir que el informe pericial efectuado por el Perito Gaitt en esta instancia, a diferencia de lo ocurrido con su par en la primera instancia, da clara cuenta de los métodos de tasación que ha empleado y de los principios aplicables, conforme las normas TTN 1.1 del Tribunal de Tasación de la Nación. En este contexto, no resultan admisibles las críticas que formulan los apelantes al evacuar el traslado que se le efectuara del mismo.

Por otra parte, y en relación a los cuestionamientos a la inspección judicial dispuesta en juicio, cabe señalar que la misma fue ofrecida por la parte actora y la parte demandada, expresamente se pronunció sobre la misma a fs. 552, prestando conformidad con la realización de la medida, invocando supuestas razones de economía procesal.

En este contexto, calificarla como arbitraria en esta instancia, aparece como una crítica extemporánea y contraria a sus propios actos.

A la par de ello, es importante mencionar que la prueba en cuestión no persigue sustituir una prueba específica, sino que aporta al Juzgador más elementos para poder hacer una adecuada comparación de los bienes permutados. Se ha señalado que *"se trata de la única prueba directa que regula nuestro ordenamiento adjetivo, directa porque entre el juez y el objeto de prueba no existe ningún elemento,*

instrumento o medio que se interponga. Precisamente por ello se ha señalado que constituye el medio más eficaz de prueba..." (Díaz Villasuso, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba", Ed. Advocatus, Córdoba: 2016, Tomo II, pág. 82).

En vistas a todo lo expuesto, el segundo agravio desarrollado debe ser desestimado.

4. Tercer agravio

En un tercer punto cuestiona el recurrente la descalificación apriorística e injustificada de la pericia de parte, señalando que se ha incurrido en una falacia ad hominem y en ilegalidad por violación de los arts. 262 y 278 del CPCC, así como también de los arts. 155 del CP y 326 del CPCC.

En relación a la desestimación del dictamen respaldatorio a la pericia oficial emitido por el perito de parte, he dicho anteriormente que, salvo circunstancias excepcionales, en principio, el informe del contratador no puede ser considerado decisivo para la suerte del pleito, desde que se trata (el de control) de un experto de la confianza de la parte que lo propuso, quien actúa más bien como defensor parcial que como auxiliar imparcial del Juez. Su naturaleza parcial le quita fuerza: "*Por ello es que el mismo no sea imperativo para el magistrado, ya que se trata de un juicio emitido por un sujeto que no está obligado a una colaboración objetiva y desinteresada, es decir, de la opinión de un verdadero técnico de la parte*" (Cafferata Nores, José: La imparcialidad del perito de contralor- Semanario Jurídico 208 del 8/3/82).

En este contexto, no se evidencia que el Magistrado haya estado descalificando al hombre que efectúa la pericia, como parece entender el recurrente, para dar sustento a la falacia ad hominem que denuncia configurada. Los dichos del Aquo, que coinciden con lo anteriormente expuesto, se centran en el carácter y la propia naturaleza del perito de parte, cuya participación en el proceso se justifica en controlar la labor del idóneo oficial, aportando elementos para respaldar o no el dictamen por este presentado.

En este contexto, su función de controlador, con un claro perfil parcial, por ser designado y responder a la parte que lo ha traído al proceso, justifican que no sea factible dar preminencia a su informe frente a otras pruebas de carácter independiente que obran en el proceso. Ello, sin perjuicio de la importancia de su tarea, para un adecuado control de la función del perito oficial.

Es importante señalar que estas alegaciones relativas al dictamen presentado por el perito de control y a su labor, en modo alguno versan sobre su persona o su calidad técnica, sino que son derivaciones y apreciaciones que se justifican en la propia naturaleza de la tarea que les ha sido encomendada.

En este contexto, los agravios explicitados por el recurrente, no aparecen configurados.

5.- Cuarto agravio

En un cuarto agravio cuestiona el recurrente que el Magistrado sostenga la desproporción de las prestaciones de la permuta celebrada a partir de las valuaciones fiscales de los inmuebles. Entiende que la sentencia viola las reglas de la experiencia porque los valores de los inmuebles a los fines tributarios no coinciden con los precios que fijan los particulares por sus transacciones. Invoca que por ello el medio específico para la tasación de los inmuebles es la prueba pericial y no la valuación fiscal. Añade que de este modo el Juez no solo viola las reglas de la experiencia sino que desconoce la más elemental distinción entre derecho público y derecho privado. Sostiene que ignora que la relación entre el particular y el Estado en materia tributaria se funda en principios que le son propios. Indica que las valuaciones fiscales y las bases imponibles de los inmuebles no pueden ser antecedentes válidos para fundar la desproporción.

En relación a los agravios desplegados por el recurrente, es indispensable recordar, que, como ya ha sido mencionado, fueron los propios contratantes (entre ellos el apelante) los que asignaron a la valuación fiscal un carácter central en la permuta a realizar.

En efecto, reitero que de los propios términos de la escritura surge que "*CONTINUAN EXPO- NIENDO los señores Alberto José RAISZ Y Abdón Antonio CHEBLE, que dejan formalizada la presente permuta con arreglo a derecho, declarando que se permutan ambos inmuebles por sus Bases Imponibles...*".

De este modo se aprecia que han sido los propios contratantes los que han asignado a estas bases un valor central en el intercambio que realizaban. Si a ello le sumamos, que del propio texto de la escritura resulta la diferencia entre ambas bases (\$171.965 y \$460.006), es evidente la inexistencia de un equilibrio entre los bienes permutados.

Sin perjuicio de este elemento, determinante para la solución de los presentes, he de agregar que, conforme se ha señalado, la pericia practicada en esta instancia, a partir de la medida para mejor proveer dispuesta, confirma el desequilibrio entre el valor de las propiedades intercambiadas.

Por estas razones, no se advierte la configuración de los agravios invocados. Por una parte, porque surge de la propia escritura celebrada por las partes, que estas han querido darle a las bases imponibles un valor central en el intercambio. Por otro lado, porque aun cuando estemos al valor real de los bienes, la diferencia de valor entre las propiedades se mantiene.

6.- Quinto agravio

Cuestiona en un quinto punto el recurrente que se tenga por acreditada la existencia de un evidente estado de inferioridad emocional del actor, que justifica tener por configurado el elemento subjetivo de la lesión prescripto por el art. 954 del C.C.

Afirma que la valoración de la prueba efectuada por el A quo es errónea. Sostiene que las manifestaciones del testigo Novoa se refiere a que en muchos casos la diálisis va acompañada de alteración psíquica, más no son aplicables directamente al caso del actor. Cuestiona que el Juez no haya transcrito la parte del testimonio donde el testigo expresamente manifestaba desconocer la situación del actor.

Añade, en relación a los dichos del Dr. Orias, que no es lo mismo presión baja que debilidad emocional. Adita que, si a ello se agrega que el actor concurría en auto a dializarse, refiere que es imposible pensar que la hemodiálisis le producía al actor un nivel de alteración mental que le impedía conducirse.

Agrega que el testimonio de Ortiz hace referencia a un episodio de desorientación que ocurrió un año después de la permuta. Puntualiza que se trató de un episodio puntual y no permanente. Manifiesta que la absolución de posiciones del actor sucedida luego del deterioro cognitivo deja en claro que tal deterioro no era de envergadura tal que impidiera conducirse. Argumenta que tampoco la Historia Clínica fue correctamente valorada, ya que en la misma no surge la existencia de una diálisis el día de la firma de la escritura, sino el día anterior.

Acota que la declaración de Truisci no hace referencia a ningún estado de inferioridad emocional del actor sino que, por el contrario, refleja un estado normal y en pleno uso de sus facultades mentales. Refiere que, por otro lado, acredita que la operación no fue una emboscada sino conversada con muchos meses de antelación.

Cuestiona que no se haya valorado el testigo Juan Ramírez, obrante a fs. 407 que excluye la posibilidad de que haya existido “estado evidente de inferioridad emocional” por el actor.

Invoca que el actor padecía graves problemas de salud, pero estos afectaban su físico y no su capacidad. Invoca que no hay pericia psiquiátrica o psicológica que avale las condiciones de inferioridad de capacidad. Esgrime que la carencia de una pericia tiñe de arbitrariedad al decisorio. Invoca el art. 3616 del C.C.

Es importante mencionar, en relación a este agravio desplegado por el recurrente, que la acción incoada persigue la nulidad del acto celebrado no por incapacidad de la parte, sino por lesión.

Con la reforma de la ley 17.711 nuestro derecho acoge la lesión como vicio propio de los actos jurídicos, requiriendo para su configuración la concurrencia de dos elementos: un elemento objetivo (desproporción evidente o “notoria” entre las prestaciones de ambas partes), y un elemento subjetivo (aprovechamiento o explotación de la necesidad, inexperiencia o ligereza de la parte perjudicada) (cfr. Zannoni, Eduardo. “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, Ed. Astrea, pp. 320).

A través de esta acción puede demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, si el mismo se celebró aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extremas de una parte, para obtener ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación.

En este contexto, se advierte que el elemento subjetivo requerido para la procedencia de la acción no es la falta de capacidad, o la falta de aptitud psíquica como parece entender el recurrente, sino la existencia de un aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, configurada por la existencia de necesidad, inexperiencia o ligereza.

Se ha señalado en tal sentido que *“En nuestra legislación el vicio de lesión como causal de nulidad de los actos jurídicos, requiere para su configuración la concurrencia de dos elementos. El primero de ellos, de índole objetiva, radica en la notable desproporción que ha de existir entre las prestaciones debidas por las partes. Y el segundo es el subjetivo, al que la doctrina y la jurisprudencia más modernas se inclinan por desdoblarse en dos: por un lado, la necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto que lo sufre y, por el otro, el aprovechamiento de tal situación por el beneficiario del acto”* (Cfr. CNCiv., Sala F, “Salones Acevedo SA v. G. C., L. A.”, 12/05/1997, Abeledo Perrot 70018954).

De este modo no es factible exigir que los testigos o la prueba determine la existencia de una alteración de las alteraciones mentales del contratante para la concurrencia de la acción, porque tal extremo no es un requisito para su procedencia.

Por el contrario, la inferioridad del contratante puede venir no solo de una situación de afectación mental, sino de otras circunstancias que lo colocan en una situación de especial vulnerabilidad que afecta su libre voluntad de contratar. Insisto que ello en modo alguno puede equipararse a una mengua en su capacidad, la que como bien señala el recurrente, debe presumirse en todos los casos (aun en supuestos de enfermedad) mientras no exista declaración judicial en contrario.

En este contexto, coincido con el Magistrado de primera instancia que las particulares circunstancias del acto celebrado permiten presumir la configuración de un estado de inferioridad en cabeza del actor frente a su co contratante al momento de producirse la firma de la escritura.

Es por todos reconocido que el actor se encontraba transitando un delicado estado de salud, a raíz del tumor renal bilateral que padecía, que lo había colocado en la época coetánea a la realización del acto en una situación de especial afectación, ya que padecía episodios de sangrado y fue diagnosticado de síndrome urémico lo que condujo a que comenzara con la diálisis del 07/03/2013 (cfr. Historia Clínica, fs. 325 y 326).

Este delicado estado que no podía ser desconocido por su sobrino, atento la cercanía que él mismo invoca. Surge asimismo de la historia clínica que el 01/03/2013, el actor fue a consultar al Doctor Orias, junto con su sobrino, por un sangrado uretral de casi una semana. Estos registros incluidos en la Historia Clínica permiten advertir la existencia de complicaciones en su cuadro general, caracterizadas por ese sangrado previo y el posterior diagnóstico de síndrome urémico que condujo al comienzo de la diálisis.

Es difícil creer que tal situación no haya causado alguna mella en la persona del actor, aun sin afectar su capacidad, pero colocándolo en un estado de vulnerabilidad maximizado por las experiencias vividas.

No obsta a tal conclusión los dichos del testigo Ramírez, quien menciona que siempre conversaba con el actor y este estaba muy lúcido, porque el mismo no da cuenta de haber conversado con aquel el día en que suscribió la escritura. Lo mismo ocurre con el testigo Truissi.

Estos registros, sumados al hecho de que el escribano debió concurrir a su domicilio para la suscripción de la escritura, me permiten presumir válidamente que su estado de salud no solo física sino emocional distaba de ser óptimo, como parece invocar el recurrente. De lo contrario, si como señala el apelante había tenido *“un día de recuperación que es un plazo más que excesivo para este tipo de*

afecciones que se resuelve en cuestión de minutos” (Fs. 716vta), no se explica porque motivo no concurrió por sus propios medios a la escribanía a firmar la escritura de permuta.

Estos elementos habilitan válidamente a presumir que el actor se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad que, aunque no hubiera afectado su capacidad ni producido una afectación mental, válidamente si los colocó en un contexto de afectación e inferioridad frente a su co contrante; que conocía la existencia de esta especial situación.

Insisto, no es factible desconocer que el actor era una persona mayor de edad, que padecía un severo problema de salud, que se había agravado con algunas complicaciones que lo llevaron a comenzar diálisis y que la escritura no pudo desarrollarse en un ámbito normal como la escribanía, sino que debió el escribano desplazarse hasta el domicilio del convaleciente para recabar su rúbrica.

Estos elementos impiden presumir una relación de equilibrio subjetivo entre las partes. Y aun cuando se desestime la valoración de los médicos tratantes, por las razones apuntadas, la solución acordada en primera instancia, debe mantenerse.

En este contexto, considero que puede válidamente extraerse de la prueba rendida que el negocio celebrado se encuentra viciado, tal como invoca el actor en su demanda, no solo por el desequilibrio objetivo entre las prestaciones intercambiadas, sino también por el hecho de que es factible presumir la existencia de un desequilibrio subjetivo entre las partes suscribientes del negocio.

Esta falta de equilibrio se evidencia no solo del estado de salud comprometido del actor, su avanzada edad y las circunstancias en que se celebró el acto, sino que de la prueba rendida parece surgir que el negocio originalmente conversado entre las partes era uno diverso, lo que pudo conducir al actor, en su estado, a un estado de confusión e inferioridad que le impidió sopesar la trascendencia del acto a celebrar.

En efecto, el actor reconoce que había conversado con su sobrino de la posibilidad de concretar un negocio similar al celebrado. Expresamente menciona al absolver posiciones y responder a la que rezaba *“Jure como es cierto que, hacia el mes de noviembre de 2012, en un llamado telefónico que le hizo Ud a su sobrino, conversando sobre el tema surgió la posibilidad de efectuar una permuta con una oficina céntrica de propiedad de Alberto Raisz”* que *“no coincide con la propuesta esa de que hablan ahí”* (Fs. 436).

Esto resulta coincidente con los dichos del testigo Truisi, quien menciona que conversó con el actor sobre la posibilidad de realizar negocios con su sobrino. *“Que el Dr. Cheble un día le dijo, mientras tomaban café en la oficina del dicente donde siempre charlaban, que Raisz le iba a entregar una oficina que se encontraba en el centro, la cual quedaría para la Sra. De Cheble y que el Sr. Cheble le entregaría el inmueble de calle Charcas. Que hacia el trueque de la casa con el local y además le comentó que un departamento de un hermano de Alberto también quedaría para Cheble y el auto que tiene Raisz...”* (Fs. 167).

De este modo se advierte que el negocio originalmente conversado entre las partes habría sido la casa del actor, por el local, más un departamento y un auto. El propio actor reconoce que el negocio celebrado no fue el propuesto. Sin embargo, ninguna explicación se ensaya para justificar porque tal negocio originalmente conversado, terminó en el celebrado, que claramente distaba de las negociaciones preliminares, conforme las constancias de la causa. Es importante mencionar que ninguna prueba aporta el demandado para acreditar que el negocio que venían gestando era exactamente el que se celebró. Incluso el propio escribano manifestó desconocer cuales eran los arreglos entre las partes en relación al mismo, limitándose, según sus dichos a instrumentar el negocio.

De este repaso puede extraerse válidamente que, si bien el actor habría conversado sobre la posibilidad de celebrar un negocio con su sobrino que involucraba la casa y el local que se permutaron, el negocio en cuestión incluía otros elementos equilibrantes del intercambio que finalmente no se incorporaron al negocio jurídico celebrado. En este contexto, resulta razonable suponer que el actor al momento de la suscripción de la escritura pudiera no haber advertido el desequilibrio existente, en razón de su propio estado de salud que lo colocó en una situación de inferioridad y vulnerabilidad. Ello, al margen de la confianza que seguramente tenía en la persona de quien era su sobrino.

En vistas a todo lo expuesto, considero que los argumentos vertidos por el apelante devienen insuficientes para modificar la solución dispuesta en primera instancia, la que debe mantenerse.

7. Sexto agravio

Crítica en otro punto el recurrente la desestimación de la demanda incoada en contra del Escribano Miguel Sánchez Maluf. Indica que el actor no endilga al escribano connivencia, razón por la cual se desestimó la demanda, sino falsedad del instrumento público. Esgrime que, si el estado de inferioridad del actor era evidente y conocible por todos, también lo era para el Escribano, por lo que éste al dar fe de ser personas de su conocimiento, habría incurrido en falsedad.

Señala que no hay dudas del conocimiento que el Escribano tenía de la comprensión emocional de las partes del acto, ya que basta leer el escrito de contestación de traslado de redargución por la cual el notario manifiesta que el Doctor Cheble se mostró conocedor del sentido del acto.

Entiende que la demanda debe ser rechazada contra el demandado por la misma razón que se rechazó contra el escribano: porque el actor no padecía inferioridad emocional. Considera que es incongruente resolver rechazando la demanda en contra del escribano pero acogéndola contra su parte.

En relación a este agravio he señalar algunas cuestiones.

Por una parte, que, aunque asiste razón al recurrente que el motivo de la demanda incoada contra el escribano fue la falsedad de la escritura suscripta, no es cierto que tal rechazo sea suficiente para desestimar la demanda interpuesta en contra de su parte.

En efecto, porque aun cuando la falsedad de la escritura como acto formal haya sido desestimada, lo que tuvo como efecto la liberación del escribano interviniente; ello no incide en el contenido negocial celebrado y en la realidad del mismo y su validez. El escribano se constituye en un mero instrumentador de tal acto jurídico, pudiendo ser válida tal instrumentación, pero no serlo el negocio por estar viciada la voluntad de una de las partes. En este sentido, no es correcto señalar que la suerte de una pretensión arrastra a la otra.

Por otra parte, no es suficiente invocar que la validez formal de la escritura, supone la inexistencia del desequilibrio emocional entre las partes, porque estos elementos sustanciales del negocio pueden haber pasado inadvertidos para el notario; quien se limita a dar fe del conocimiento de quienes concurren a su presencia, de los hechos ante el acaecidos y del negocio celebrado, así como de la comprensión del instrumento confeccionado.

Es importante reiterar que no es la falta de capacidad un requisito de procedencia de la acción entablada; por lo que el actor podía ser absolutamente capaz y comprender el acto celebrado, pero encontrarse afectado en su libertad de contratación por un estado de indefensión, derivado de la vulnerabilidad propia de la enfermedad padecida y las circunstancias concomitantes al acto.

En este contexto, no es suficiente invocar que el rechazo de la demanda contra el escribano sella la suerte de la demanda contra su parte.

De otro costado cabe agregar que la fe de conocimiento que da el escribano recae sobre la identidad de las personas celebrantes del acto y si bien es cierto que debe este verificar la comprensión del acto que celebran (exigencia que se veía agravada en el caso de autos en donde debió constituirse al domicilio de uno de los suscribientes), tal indagación no equivale a una cabal averiguación de todos los extremos del acto para asegurarse que no existe ningún aprovechamiento.

En efecto, por fe de conocimiento debemos entender que el escribano da fe de la identidad de los otorgantes del acto, más no de sus condiciones personales. *“la fe de conocimiento sólo se refiere a la identidad de las personas físicas, no a la de la personal civil, salvo en lo referente a su nombre. En consecuencia, lo relativo a la mayoría de edad o habilidad para el acto de que se trate, juicio de capacidad de los otorgantes, domicilio, residencia o vecindad y estado civil, escapan a la fe de conocimiento”* (cfr. Bollini, Jorge. Fe de conocimiento. TR LALEY AR/DOC/6813/2011).

De este modo, el escribano al dar fe de conocimiento en modo alguno hizo manifestación de la capacidad del actor del realizar el acto, ni menos de la inexistencia de una situación de aprovechamiento entre los co contratantes.

Por otra parte, y en relación a que no se han considerado los dichos del escribano, es importante mencionar que en este punto, los mismos se encuentran afectados por su falta de parcialidad, ya que sería irrazonable que el mismo reconozca que celebró un acto pese a haber advertido que la persona no estaba en condiciones de suscribir la escritura. Tal confesión sería difícil de encontrar, en especial si tenemos en cuenta que el escribano procuraba desligar toda responsabilidad en el asunto al contestar la demanda.

A la luz de estas consideraciones el agravio debe ser desestimado.

8. Séptimo agravio: costas

Subsidiariamente a los restantes agravios, el recurrente solicita que de acogerse los mismos se imponga las costas a la contraria.

Atento haberse desestimado los anteriores achaques, igual suerte corre el presente agravio subsidiario.

9.- La solución del caso. Costas en Alzada

A la luz de estas consideraciones, el recurso incoado debe ser desestimado, confirmando la resolución de primera instancia, a cuyo fin se fijan los honorarios de la Doctora Magdalena Cornet Oliva en el cuarenta por ciento (40%) del término medio de la escala del art. 36 de la ley 9459 (art. 40 de dicha ley); y los de los Doctores Jorge Edmundo Barbará y Martín Diego Barbará, en conjunto y proporción de ley, en el treinta por ciento (30%) del mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459, debiendo aditarse el Impuesto al Valor Agregado, si correspondiera.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. JULIO C. SÁNCHEZ TORRES, DIJO:

Por todo lo expuesto, soy de opinión que corresponde recibir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en su mérito, revocar el decisorio impugnado en todo aquello que ha sido materia agravio, debiendo rechazarse la demanda incoada en todas sus partes. Las costas de ambas instancias se imponen a la parte actora por resultar vencida (art. 130 C.P.C.), dejándose sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas, las que deberán adecuarse al sentido de este pronunciamiento. Los estipendios de los Dres. Jorge Edmundo Barbará y Martín Diego Barbará se fijan, en conjunto y proporción de ley, en el cuarenta por ciento del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria, debiendo aditarse el Impuesto al Valor Agregado, si correspondiera. Así Voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. LEONARDO C. GONZÁLEZ ZAMAR, DIJO:

Compartiendo los fundamentos expuestos por el Sr. Vocal preopinante, voto en idéntico sentido a esta cuestión.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA. VOCAL DRA. CLAUDIA ZALAZAR, DIJO:

Considero que el recurso incoado debe ser desestimado, confirmando la resolución de primera instancia, a cuyo fin se fijan los honorarios de la Doctora Magdalena Cornet Oliva en el cuarenta por ciento (40%) del término medio de la escala del art. 36 de la ley 9459 (art. 40 de dicha ley); y los de los Doctores Jorge Edmundo Barbará y Martín Diego Barbará, en conjunto y proporción de ley, en el treinta por ciento (30%) del mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459, debiendo aditarse el Impuesto al Valor Agregado, si correspondiera.

Por lo expuesto, por mayoría

SE RESUELVE:

I) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en su mérito, revocar el decisorio impugnado, debiendo rechazarse la demanda incoada en todas sus partes.

II) Las costas de ambas instancias se imponen a la parte actora por resultar vencida (art. 130 C.P.C.).

III) Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas, las que deberán adecuarse al sentido de este pronunciamiento.

IV) Fijar los estipendios de los Dres. Jorge Edmundo Barbará y Martín Diego Barbará, en conjunto y proporción de ley, en el cuarenta por ciento (40%) del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria, debiendo aditarse el Impuesto al Valor Agregado, si correspondiera.

Protocolícese, hágase saber y bajen.

Texto Firmado digitalmente por:

SANCHEZ Julio Ceferino

VOCAL DE CAMARA Fecha: 2021.06.29

GONZALEZZAMAR Leonardo Casimiro VOCAL DE CAMARA Fecha: 2021.06.2

ZALAZAR Claudia Elizabeth

VOCAL DE CAMARA Fecha: 2021.06.29

SUCESION INTERNACIONAL*

INTERNATIONAL SUCCESSION

*Mónica Assandri***

Resumen: El presente trabajo pretende abordar el examen de la competencia internacional y su extensión cuando se abren procesos sucesorios por la sola circunstancia de la existencia de bienes inmuebles situados en el país. Al respecto el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) establece en el art. 2643 como principio general que dicha competencia le viene asignada a los jueces argentinos por el último domicilio del causante o por el lugar de situación de bienes inmuebles en el país, respecto de éstos. En otras palabras, ello significa que los jueces argentinos tendrán competencia si los inmuebles se encuentran situados en nuestro territorio, pero solamente podrán entender en la sucesión respecto de ellos, si el domicilio del causante se hallaba en el extranjero. En este contexto, se afirma que la jurisdicción en CCyC no corresponde única y exclusivamente a los jueces del último domicilio del *cujus*, sino que se consagra el criterio del foro patrimonial, reconociendo el criterio doctrinal y jurisprudencial imperante en el tema.

Palabras-clave: Sucesión internacional - Jurisdicción - Último domicilio del causante - Bienes inmuebles situados en el país.

Abstract: This paper aims to address the examination of international jurisdiction and its extension when succession processes are opened by the sole circumstance of the existence of real estate located in the country. In this regard, the Civil and Commercial Code of the Nation (hereinafter CCyC) establishes in article 2643 as a general principle that said jurisdiction is assigned to Argentine judges by the last domicile of the deceased or by the location of real estate in the country with respect to them. In other words, this means that the Argentine judges will have jurisdiction if the properties are located in our territory, but they will only be able to deal with the succession regarding them, if the domicile of the deceased was abroad. In this context, it is affirmed that the jurisdiction in CCyC does not

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2022 y aprobado para su publicación el 8 de abril del mismo año.

** Abogada Especialista en Derecho de Familia por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora por concurso de: Privado I (Parte General Civil y Comercial), Privado VI (Familia y Sucesiones), I.E.C.A. (Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía) de la Facultad de Derecho U.N.C. Profesora Universidad Siglo 21 en la Carrera de Posgrado Especialización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Investigadora categorizada de la SECYT-UNC. mail: moassandri@hotmail.com

correspond solely and exclusively to the judges of the last domicile of the *cujus*, but rather the criterion of the patrimonial forum is consecrated, recognizing the prevailing doctrinal and jurisprudential criterion on the subject.

Keywords: International succession - Jurisdiction - Last deceased domicile - Real estate located in the country.

Sumario: I. El caso. II. Unidad o pluralidad sucesoria. II.1. Código Civil y Comercial de la Nación. III. Marco normativo aplicable. III.1. Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940: sistema de fraccionamiento o pluralidad atenuada. III.2. Normas de fuente interna. III.2.1. Jurisdicción y derecho aplicable en el Código Civil de Vélez. III.2.2. Arts. 2643 y 2644 del Código Civil y Comercial. III.2.3. Jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos - art. 2609 del Código Civil y Comercial. IV. Conclusiones.

I. El caso

Analizaremos una sentencia de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que se pronuncia a favor de la competencia de los tribunales argentinos para entender en la sucesión de una persona cuyo fallecimiento se produjo el día 24 de junio del año 2013 en la República Oriental del Uruguay, teniendo el causante su domicilio en la ciudad de Montevideo. Estamos en presencia de un caso con elementos extranjeros debido a la titularidad en cabeza del causante de marcas registradas en el Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual de la República Argentina.

El magistrado de primera instancia decidió declararse incompetente con fundamento en el art. 2643 CCyC invocando el criterio atributivo de jurisdicción “ultimo domicilio del causante”, que se encontraba en Uruguay.

Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación que fue resuelto con fecha 7 de mayo de 2018, el cual revocó la resolución recurrida y dispuso que el magistrado anterior en grado reasumiera la competencia para entender en la transmisión hereditaria de las marcas registradas en la República Argentina.

II. Unidad o pluralidad sucesoria

La teoría de unidad o pluralidad sucesoria parte de la distinción romana clásica de la “sucesión en la persona”¹ y la concepción germana de “sucesión en los bienes”², diferencia que ha incidido tanto en el derecho civil como en el derecho

(1) El sistema romano creó un concepto basado en la ficción, que sostenía que el heredero era continuador de la persona y el patrimonio del causante, incluidas sus deudas, siendo así el primitivo sistema romano de sucesión *mortis causa*, se operaba una completa confusión de las personalidades de difunto y sucesor.

(2) La concepción germánica contempla la herencia como una distribución de los bienes relictos entre los herederos que eran sucesores en los bienes y no en la persona en general; a la muerte de la persona su patrimonio es tratado como un activo con su respectivo pasivo, que debe ser liquidado.

internacional privado³. De acuerdo al sistema de la unidad, los herederos se subrogan en la posición jurídica del causante, la herencia en su totalidad se rige por una jurisdicción y una sola ley, ya sea la del domicilio o la de la nacionalidad del causante, con independencia de que existan bienes situados en diferentes países, es decir todas las cuestiones relativas a la sucesión se plantean ante un único juez y una sola ley regula toda la sucesión.

Conforme al sistema de la pluralidad, concepción patrimonialista, toma los bienes por separado, la jurisdicción y ley aplicable serán las correspondientes a cada jurisdicción donde existan bienes muebles como inmuebles, aplicándose, la ley del lugar de situación del bien.

Asimismo, destacamos que existe un sistema mixto o intermedio, es decir unidad para los bienes muebles y fraccionamiento para los bienes inmuebles. Este sistema es adoptado por Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Bélgica, y es aplicado por el nuevo Código Civil y Comercial para el tratamiento de la ley aplicable y como opción para el tema de la competencia⁴.

II.1. Código Civil y Comercial de la Nación

El CCyC tiene un capítulo especial destinado a las normas de Derecho Internacional Privado y regula del art. 2643 al 2648, las normas relacionadas con el derecho sucesorio.

El art. 2643 CCyC adopta el sistema de la unidad de los herederos morigerado por el principio del patrimonio. Si bien, la disposición prescribe la vigencia del sistema de unidad, desplaza la competencia a favor de jueces argentinos cuando existen inmuebles en la República. La excepción tiene por objeto solo esos bienes⁵.

En consecuencia, existiendo bienes hereditarios calificados como “inmuebles” en la República, existe jurisdicción nacional del juez del lugar de su situación. Ahora bien, si el causante con domicilio en el extranjero dejó en el país inmuebles en diferentes provincias, tiene competencia el juez de cualquiera de las jurisdicciones donde se encuentren los bienes, sin importar el valor o la cantidad de ellos, a opción de quien promueva el juicio sucesorio. El carácter de bien inmueble es un

(3) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara I. *Derecho Internacional privado*, Parte Especial, Universidad de Buenos Aires, 2000, p. 295.

(4) KUYUMDJIAN DE WILLIAMS, Patricia. “Competencia y ley aplicable en materia sucesoria y situación del heredero único a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia*, 2015-V, Octubre 2015, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

(5) IÑIGUEZ, Marcelo D. en Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (Directores) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, Libro Quinto y Libro Sexto, Arts 2277 a 2671, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 409.

problema de calificaciones que está determinado por la ley del lugar de situación (art. 2663 CCyC)⁶.

En concordancia, nuestro CCyC al regular el derecho aplicable en su art. 2644 se enrola en el principio de unidad y universalidad de la sucesión, ya que se la regula por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Sin embargo, adopta una *excepción* por cuanto aplica a los inmuebles situados en el país la ley de su situación.

Destacamos, que la parte final del art. 2644 CCyC dispone que respecto de los bienes inmuebles situados en el país se aplique el derecho argentino. Esa disposición funciona como norma internacionalmente imperativa (norma de policía) que excluye al derecho extranjero al tratarse de una ley unilateral⁷, recepcionando de esta forma la solución del art. 10 del Código Civil de Vélez, solución sostenida en forma unánime por la jurisprudencia.

En conclusión, se consagra la jurisdicción concurrente y se recepta el fuero del domicilio y del patrimonio con respecto a inmuebles cuando están situados en la Argentina, estableciendo de manera expresa que para entender en la sucesión por causa de muerte son competentes los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos⁸.

Asimismo, puede afirmarse que el derecho aplicable se rige por la ley del último domicilio del causante, dicha ley regula la transmisión de los bienes muebles e inmuebles que se encuentren en el extranjero, sin embargo, si existe un bien inmueble en Argentina, se aplica el derecho argentino⁹.

III. Marco normativo aplicable

Cabe recordar que en virtud de la prelación de fuentes establecida por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados y el art. 1 de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, los Tratados Internacionales de los cuales nuestro país forma parte, poseen jerarquía superior a las leyes, es decir, deben aplicarse con preferencia a las normas de fuente interna. Esta prelación normativa ha sido reafirmada por el legislador nacional en los arts. 2594 y 2601 CCyC¹⁰.

(6) Ibidem, p. 433.

(7) Ibidem, p. 411.

(8) ALL, Paula María. "Comentario al Artículo 2643", en Julio Cesar Rivera - Graciela Medina (Dirs), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo VI, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 919.

(9) Ibidem, p. 924.

(10) En materia de derecho aplicable, el art. 2594 establece que "las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente

III.1. Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940: sistema de fraccionamiento o pluralidad atenuada

En la fuente convencional nuestro país se encuentra vinculado por los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940¹¹, los cuales contemplan disposiciones en materia sucesoria referentes a la jurisdicción internacional y al derecho aplicable.

La Cámara, al referirse a estos instrumentos, sostuvo que “respecto de los bienes inmuebles y muebles con situación permanente son competentes los jueces del lugar de su situación. Y, en cuanto a los bienes que carecen de dicha situación, tienen jurisdicción los jueces del último domicilio del causante”.

Ambos Tratados postulan la concepción del derecho germánico, enrolándose en la denominada teoría del fraccionamiento o pluralidad sucesoria. En tal entendimiento, habrá una sucesión en cada Estado en donde haya bienes relictos del causante y el derecho de cada lugar será el que regirá cada una de ellas (*lex situs*).

Destacamos, que el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, es el marco normativo que corresponde aplicar al fallo analizado debido a que el domicilio del causante al momento de su fallecimiento se hallaba en la República Oriental del Uruguay y en nuestro país se encontraban registradas las marcas de su titularidad, siendo ambos Estados partes del Tratado.

Asimismo, en materia de jurisdicción, este instrumento establece en su art. 63 que son competentes los jueces de los lugares en donde se hallen situados los bienes hereditarios no haciendo distinción alguna respecto al tipo de bienes de que se trate, pudiendo ser estos muebles o inmuebles.

Se colige que, en virtud de esta disposición, hay competencia en la esfera internacional de los jueces argentinos respecto de las marcas registradas en el Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual.

III.2. Normas de fuente interna

Las normas de fuente interna en materia sucesoria únicamente hubiesen devenido aplicables si el caso se hubiera encontrado fuera del ámbito de aplicación del Tratado de Montevideo. Sin perjuicio de ello, haremos algunas consideraciones al

internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”. En consonancia, el art. 2601 al referirse a las fuentes de jurisdicción establece que, “la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del Código Civil y Comercial y a las leyes especiales que sean de aplicación”.

(11) El Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil Internacional vincula a la Argentina con Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay, mientras que el de 1940 vincula a nuestro país con Paraguay y Uruguay.

respecto debido a que la Cámara Civil ha hecho uso de tales disposiciones entre los fundamentos del decisorio.

En primer lugar, destacamos deben aplicarse las normas vigentes al momento en que se abre la sucesión, es decir, al tiempo de la muerte del causante, en el fallo objeto de análisis las normas aplicables son las del Código Civil de Vélez¹². Por esta razón, haremos una breve referencia a las normas contenidas en el Código Civil y a las que contempla el Código Civil y Comercial con la finalidad de observar las diferencias respecto a la regulación en la fuente convencional.

III.2.1. Jurisdicción y derecho aplicable en el Código Civil de Vélez

Conforme a los arts. 90 inc. 7mo. y primer párrafo del art. 3284 del Código de Vélez, se encontraba consagrado en materia sucesoria el sistema de unidad de jurisdicción, ya que según estas disposiciones, tenían competencia los jueces del lugar del último domicilio del causante se concebía el patrimonio del mismo como una unidad indisociable y a los herederos como continuadores de su persona.

No obstante ello, gran parte de la jurisprudencia argentina entendía que la jurisdicción era concurrente por aplicación de los arts. 10 y 11 del Código Civil que disponían que los bienes raíces situados en el país y aquellos bienes muebles con situación permanente en Argentina eran regidos por el derecho argentino. Por esta razón, se consideraban competentes a los jueces argentinos respecto de dichos bienes debido a que el derecho que resultaba aplicable a los mismos era el argentino, estableciendo un paralelismo entre jurisdicción competente y derecho aplicable (*forum causae*).

Aclaremos que, en materia de derecho aplicable, el art. 3283 del Código Civil establecía que la sucesión era regida por el derecho local del domicilio que el difunto tenía al momento de su muerte, fueran los sucesores nacionales o extranjeros y, parte de la jurisprudencia argentina, consideraba aplicable el derecho argentino en virtud del art. 10.

III.2.2. Arts. 2643 y 2644 del Código Civil y Comercial

La Cámara Civil entre los fundamentos del decisorio aludió a la aplicación de los arts. 2643 y 2644 del CCyC, refiriendo que la competencia y el derecho aplicable, “como principio general, se encuentran determinados por el lugar en que se halle el último domicilio del causante y, excepcionalmente, tratándose de la transmisión hereditaria de un bien inmueble, es competente el juez del lugar de su situación,

(12) BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, séptima edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 475.

resultando aplicable correlativamente el derecho de ese lugar". Haremos algunas reflexiones al respecto.

Consideramos que, en materia de jurisdicción, el art. 2643 del CCyC establece una concurrencia, debido a que la apertura de la jurisdicción argentina se produce cuando el último domicilio del causante es en Argentina o bien por la existencia de bienes inmuebles situados en el país. En tal sentido, si en el caso concreto el último domicilio del causante se hallara en el extranjero, solo habría jurisdicción de los jueces argentinos si bienes inmuebles se encontraran situados en el país, y solamente respecto de dichos bienes, no pudiendo declararse competentes respecto de bienes inmuebles situados en otros Estados¹³.

En materia de derecho aplicable, el art. 2644 del CCyC establece que la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento y, respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.

Se concluye de sendas disposiciones que, si el domicilio del causante al momento de su muerte se hallara en Argentina, serían competentes los jueces argentinos respecto de bienes muebles e inmuebles -incluso respecto de aquellos situados en otros Estados- y el derecho aplicable a la sucesión sería el argentino. Por otro lado, si su domicilio no estuviera en Argentina y existieran inmuebles de su titularidad en el país, resultarían competentes los jueces argentinos respecto de dichos bienes y asimismo resultaría aplicable el derecho argentino.

III.2.3. Jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos – art. 2609 del Código Civil y Comercial

El principio general en materia de jurisdicción internacional en el sistema de Derecho Internacional Privado Argentino es la concurrencia, es decir, la posibilidad de que en un caso con elementos extranjeros puedan intervenir jueces de diferentes Estados, debido a la existencia de normas con varios criterios atributivos de jurisdicción o con un único criterio que no restringe la posibilidad de entablar la acción ante un juez extranjero, con la finalidad de que el derecho de acceso a la justicia sea garantizado.

Sin embargo, hay cuestiones particularmente sensibles en las que el Estado no admite otra jurisdicción que la de sus propios órganos jurisdiccionales¹⁴. La sentencia en comentario entre sus fundamentos dispuso que, tratándose el acervo denunciado de marcas registradas en el Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual, no

(13) ALL, Paula M. Ob. Cit., pp. 918-934.

(14) ALL, Paula M. "Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna", *DeCITA (Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades)*, nro. 4 (Litigio judicial internacional), Zavalía, Buenos Aires, 2005, pp. 422 - 444.

podría desatenderse a las normas relativas a lo que luego será la inscripción de la declaratoria de herederos, aludiendo a la aplicación del art. 2609 inc. c) del CCyC.

La norma del art. 2609 establece tres supuestos de jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos, entre ellos, en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado en Argentina. Este inciso, como los restantes, debe interpretarse de manera sumamente restrictiva, considerando el carácter excepcional de este tipo de foro. Es decir que los jueces argentinos no debieran arrogarse jurisdicción en casos que excedan las materias especificadas en la norma.

IV. Conclusiones

- El sistema de Derecho internacional privado es una compleja disciplina que tiene su fundamento en el respeto al elemento extranjero y en la coordinación de los diversos sistemas jurídicos estatales.
- El presente trabajo ha pretendido destacar la importancia que posee la correcta determinación del marco normativo que debe aplicarse a situaciones jurídicas privadas que se encuentran conectadas con territorios de diferentes Estados.
- Existe competencia internacional, cuando se abren procesos sucesorios por la sola circunstancia de la existencia de bienes inmuebles situados en nuestro país.
- Los Tratados internacionales de los cuales nuestro país forma parte, poseen jerarquía superior a las leyes, es decir, deben aplicarse con preferencia a las normas de fuente interna.
- La jurisdicción en CCyC no corresponde única y exclusivamente a los jueces del último domicilio del *cujus*, sino que se consagra el criterio del foro patrimonial, reconociendo el criterio doctrinal y jurisprudencial imperante en el tema.
- En materia de jurisdicción, el art. 2643 del CCyC establece una concurrencia, la apertura de la jurisdicción argentina se produce tanto cuando el último domicilio del causante es en el país como por la existencia de bienes inmuebles situados Argentina.
- Asimismo, destacamos que existe un sistema mixto o intermedio, es decir unidad para los bienes muebles y fraccionamiento para los bienes inmuebles. Este sistema es adoptado por el Código Civil y Comercial para el tratamiento de la ley aplicable y como opción para el tema de la competencia.

Sentencia segunda instancia**Tribunal:** Cámara Nacional Civil, sala M.**Fecha:** 07/05/18**Asunto:** “Bonomi Álvarez, Luis Carlos s. Sucesión *ab intestato*”**Magistrados:** Elisa M. Díaz de Vivar - Mabel De los Santos -
María Isabel Benavente.

Buenos Aires, 7 de mayo de 2018

Y VISTOS: CONSIDERANDO:

I.- Llegan estos autos a conocimiento de esta Sala, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la letrada apoderada de quienes invocaron su carácter de herederos del causante a fojas 89 (concedido a fs. 90), contra la resolución de fojas 62, por la cual el magistrado anterior en grado se declaró incompetente para entender en estas actuaciones.

Los agravios fueron volcados en la presentación de fojas 91/84.

El Fiscal de Cámara dictaminó a fojas 98/9 y propició la revocación del fallo de primera instancia.

II.- En el presente caso, los interesados iniciaron la sucesión de quien en vida fuera su padre *Luis Carlos Bonomi Álvarez*, cuyo muerte ocurrió el 24 de junio de 2013 en la República Oriental del Uruguay y su último domicilio fue en ..., ciudad de Montevideo, Uruguay; con motivo de la titularidad en cabeza del causante de las marcas que dan cuenta los títulos agregados a fojas 17/35, registradas en nuestro país (v. fs. 1/2 y fs. 81).

III.- El proceso sucesorio es el ámbito donde se materializan las transmisiones de las relaciones jurídicas del causante, mutando el elemento subjetivo de ellas: las relaciones jurídicas cuya titularidad correspondían al causante pasan a aquellos llamados por la ley o el testador a recibir la herencia (conf. comentario de Lloveras, Orlandi y Faraoni en Cód. Civ. y Com...; Herrera-Caramelo-Picasso, Ed. Infojus; T° VI, pág. 76/77).

En estos términos, lo pretendido por los peticionantes será, a través de la transmisión de los derechos hereditarios, conseguir la propiedad que poseía el causante

sobre las marcas denunciadas en el inicio que, conforme lo establece el artículo 4º de la ley 22.362, se perfeccionará con su inscripción.

IV.- El art. 2336 del Código Civil y Comercial de la Nación (t.o. ley 26.994), sienta el principio de la competencia para entender en el juicio sucesorio del juez del último domicilio del causante (conf. CNCiv., esta Sala, “All Rodríguez Carlos Emilio s/ sucesión”, del 15/03/17).

El mismo cuerpo legal contiene en su título IV, del Libro sexto, disposiciones de Derecho Internacional Privado, cuyas normas constituyen un sistema destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento Argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales, cada vez más complejas en una realidad intensamente comunicada e interconectada (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. XI, pág. 473), llevando en algunos casos a apartarse del principio general enunciado en el párrafo anterior.

Por otra parte, se hace cargo de la incidencia del fenómeno de la globalización como factor multinacionalizador, no sólo de las relaciones comerciales o de los negocios, sino de la vida cotidiana de los hombres, que impone la necesidad de una articulación entre los sistemas de derecho internacional privado, ya de fuente internacional ya de fuente interna (conf. Uzal, María Elsa y Masud, Pablo Raúl, en Curá, José María, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. VII, pág. 724).

Los artículos 2643 y 2644 mantienen en cuanto a la determinación de la competencia y al derecho aplicable el principio general, aunque para la transmisión hereditaria de un bien inmueble establecen que será el del lugar de su situación.

Nuestro derecho internacional privado de fuente interna, como ha sido receptado por la jurisprudencia dominante, partía de la unidad consagrada por el artículo 3283 del Código Civil derogado y, exceptuaba de la aplicación de dicho artículo a los inmuebles y muebles con situación permanente (arts. 10 y 11 del CC derogado), limitando el ámbito del art. 3282 a los bienes muebles sin situación permanente. Así es que la solución entre el derecho internacional privado de fuente interna y el que consagraban los Tratados de Montevideo era idéntica.

En esta línea argumental, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 siguen la teoría del fraccionamiento, ya que establecen que “la competencia es atribuida al tribunal del lugar de la situación del bien hereditario” (art. 66 del Tratado de 1889 y art. 63 del Tratado de 1940), aunque allí no se realiza concretamente una disquisición entre qué tipo de bienes producen este fraccionamiento de la jurisdicción y ley aplicable.

No obstante ello, este tribunal ya ha referido que los tratados en cuestión, en lo referido al tema en análisis, resultan aplicables para aquellas sucesiones en las

que se pretendan transmitir los derechos sobre bienes inmuebles y muebles con situación permanente, atribuyéndole la competencia a los jueces con jurisdicción en el lugar de su situación. Los que carecen de dicha situación se localizan en el último domicilio del causante (conf. CNCiv., esta Sala, “Do Nascimento Hilda s/ sucesión”, del 30/05/17).

V.- En el caso de autos no se encuentra discutido que el causante tuviera su último domicilio en extraña jurisdicción.

Si bien en el caso nos encontramos estrictamente frente a un bien intangible registrable –marca-, teniendo en cuenta los efectos que le atribuyen los artículos 4 y 6 de la ley 22.362 y el artículo 10 del Anexo I de la resolución P-039/2011 del Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual, a su registración, resulta que la marca, como bien integrante del acervo hereditario, posee un tratamiento similar a los automotores, razón por la cual habrá de hacerse lugar a los agravios de los peticionarios.

Robustece lo hasta aquí señalado lo establecido por el artículo 2609 inciso c) del CCyC. Es que tratándose el acervo denunciado de marcas registradas en el I.N.P.I., cuya propiedad se perfecciona en el registro, no puede desatenderse las normas relativas a lo que luego será la inscripción de la declaratoria de herederos.

Por todo lo expuesto, este Tribunal

RESUELVE: Revocar la resolución recurrida y disponer que la magistrada anterior en grado reasuma la competencia que declinó para entender respecto de la transmisión hereditaria de las marcas registradas en el Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual.

Regístrese, notifíquese a la parte, al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho y devuélvanse.

SUMARIO: Museo Histórico de la Facultad. Área de Políticas de Género. Formación académica. Formación en posgrado. Programa de Posdoctorados. Actividades en investigación. Ciencia y Técnica. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Actividades de extensión y relaciones internacionales. Actividades para graduados.

Museo Histórico de la Facultad

El Museo Histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba recopila archivos y objetos de un valor cultural e histórico para la Facultad, la provincia, el país y el mundo que dan cuenta de la magnitud de ciertos hitos que han marcado un rumbo dentro de la historia.

Es objetivo de este Museo exponer ante la Comunidad Académica en particular, y la sociedad toda en general, el valor histórico y cultural que la Facultad ha aportado, y continúa haciéndolo, a lo largo de los años, reflejando la rica historia de la institución que representa.

Desde el momento de su creación, el Museo ha recibido importantes donaciones de los hijos de esta Casa, graduados convertidos en destacados profesores investigadores y académicos de las Academias Nacionales tales como la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Academia de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de la Historia, políticos que alcanzaron a desempeñar importantes cargos en la administración pública, nacional y/o provincial, incluyendo la presencia de 8 Presidentes y 2 Vice Presidentes de la Nación Argentina, Gobernadores, Magistrados, Miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, de tribunales ordinarios y federales etc.

Las donaciones efectuadas por los egresados de la Facultad, que se multiplican día a día, han permitido alimentar seis Salas del Museo, cuya estrategia ha sido estructurada en las Salas que se describen a continuación:

Sala de los Presidentes

Posee los retratos y colecciones de fotografías, documentos, libros, ediciones de las primeras obras de autor, bastones y bandas presidenciales, diplomas medallas, condecoraciones, manuscritos, objetos de escritorio, ropa, efectos personales, vajilla y objetos varios que pertenecieron a los 8 Presidentes y 2 Vice Presidentes que

* Reseña realizada por la Prof. Carla Saad coordinando la información otorgada por las Secretarías y obtenida del Digesto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

transitaron su formación académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Sala de los Gobernadores de Córdoba

Posee los retratos y colecciones de fotografías, documentos, libros, ediciones de las primeras obras de autor, diplomas, medallas, condecoraciones, manuscritos, objetos de escritorio, ropa, efectos personales, vajilla y objetos varios que pertenecieron a los Gobernadores de la Provincia de Córdoba que pasaron por las aulas de la Facultad, ordenados y expuestos con la misma estrategia discursiva.

Sala del Codificador

Posee piezas que pertenecieron a Dalmacio Vélez Sarsfield, estudiante de la Universidad Nacional de Córdoba y autor del Código Civil Argentino en 1869 (vigente hasta el año 2015).

Dentro de las colecciones que se presentan, se pueden observar numerosos objetos: manuscritos, medallas, primeras ediciones del Código Civil y curiosas fotografías de su lugar de nacimiento, Amboy.

Sala de los Juristas

Alberga mobiliarios completos de despachos de célebres abogados y profesores universitarios de los siglos XIX y XX, sus artículos de escritorio, máquinas de escribir de principios de Siglo XX, retratos, diplomas, manuscritos, carpetas, tarjetería, documentos, librerías completas para el ejercicio profesional, y también trajes académicos usados en las ceremonias universitarias y en el ejercicio profesional, ropa y objetos personales, piezas de vajilla, objetos de culto, etc.

Sala de Historia Institucional

En el recorrido por esta sala que reúne años de historia de nuestra Facultad y de la Universidad, se pueden observar un considerable número de objetos, retratos, fotografías, textos, manuscritos, documentos, muebles, trofeos, medallas, diplomas, ropa y regalos institucionales ofrecidos a nuestra Facultad de Derecho, etc. que reflejan diversos y significativos momentos de la vida institucional de la Casa de Estudios.

Decanato

El espacio conserva en su nuevo mobiliario de exposición valiosos objetos de importancia histórica para la Facultad sobre aquellos que han liderado el camino institucional de la Casa. Se pueden admirar importantes colecciones tales como:

fotografías, documentos, textos, objetos, placas, medallas, diplomas y distinciones, objetos de arte etc. que pertenecieron a los Señores Decanos que gobernaron la Facultad de Derecho desde los tiempos de la recuperación democrática.

Sala de las Mujeres Universitarias

Esta sala, inaugurada en 2021, es una representación de la importancia del rol que las mujeres han desempeñado en la historia académica e institucional de la Facultad, la Universidad y el mundo entero. El recorrido se plantea como un viaje en el tiempo a través de la historia, los logros y los hitos que las mujeres han protagonizado y que deben ser reconocidos diariamente.

Mayor información en <https://derecho.unc.edu.ar/museo/>

Área de Políticas de Género

El Área de Políticas de Género tiene por objetivos: *visibilizar la problemática de la desigualdad, la discriminación y las violencias en el ámbito universitario; *capacitar a los integrantes de la comunidad universitaria de nuestra Facultad mediante el dictado de cursos específicos; *prevenir situaciones de discriminación y violencias a partir de la difusión y capacitación, y *abordar y dar tratamiento a las denuncias presentadas. Creada en el año 2021, ha llevado a cabo diferentes actividades, compartiendo capacitaciones y experiencias con otras unidades institucionales dedicadas a sus competencias, entre las que se cuentan la Unidad Central de Políticas de Género de la Universidad Nacional de Córdoba (UNICEPG).

Entre las realizadas se destacan: I Jornada de Capacitación: “Marco Teórico general. Conceptos Básicos en género”; “Ciclo de Conferencias Ley Micaela” (UNICEPG); “Congreso de Ciencia y Género”, organizado por el Gobierno de la Provincia de Córdoba a través de los Ministerios de Ciencia y Tecnología, Justicia y Derechos Humanos y de la Mujer, junto a CONICET Córdoba (AGP como adherente y participación institucional); “Primera Jornada de Debate: La perspectiva de género en los procesos judiciales” (APG); “Conferencia: Día Internacional de eliminación de la violencia contra la mujer” (Organizada por el AGP en el marco de la Diplomatura Género, Derecho y Violencias de la Secretaría de Posgrado); “Conversatorio: Abordaje de Violencias sexuales en la UNC” (En el marco de las actividades del Día Internacional de las Mujeres); “Charla informativa: Frente a las violencias de género en la UNC tenemos un plan» (charlas informativas por las UA y CPU con la finalidad de acercar información y recursos para el abordaje de Violencias de Género en el ámbito de la comunidad universitaria).

Responsable del Área: Prof. Dra. Mariana Sánchez,

Para consultas sobre el Área: areagenero@derecho.unc.edu.ar

Formación académica

En constante labor por la formación y acompañamiento de la tarea docente, la Secretaría Académica, pone a disposición de los docentes y adscriptos una oferta de cursos destinados a acompañar el retorno a la presencialidad de las clases desde el primer semestre del año, con el objeto de potenciar las herramientas virtuales para la mejora de las propuestas de enseñanza. Entre otras actividades, se destacan:

“Modalidad virtual”, Combinación de encuentros sincrónicos y actividades asincrónicas. Acreditan 20hs.

Cronograma 1° semestre:

- “Enseñar Derecho en nuevos escenarios: La propuesta de enseñanza y el aula virtual” (1era ed. 07/04 al 28/04).
- “Enseñar Derecho en nuevos escenarios: Actividades de aprendizaje y estrategias de evaluación” (2da. ed. 05/05 al 19/05).
- “Enseñar Derecho en nuevos escenarios: Aplicaciones digitales para la enseñanza” (3ra. ed. 26/05 al 09/06).
- “Aulas virtuales: primeros pasos” (14/06 al 05/07).
- “Oratoria docente en escenarios combinados” (16/06 al 07/07).

Cronograma 2° semestre:

- “Enseñar Derecho en nuevos escenarios: La propuesta de enseñanza y el aula virtual” (4ta. ed. 04/08 al 25/08).
- “Enseñar Derecho en nuevos escenarios: Actividades de aprendizaje y estrategias de evaluación” (5ta. ed. 01/09 al 22/09).
- “Enseñar Derecho en nuevos escenarios: Aplicaciones digitales para la enseñanza” (6ta. ed. 29/09 al 20/10).
- “Lectura y escritura académica” (28/10 al 18/11).
- “Aulas virtuales: primeros pasos” (24/11 al 08/12).

La acción en los Departamentos de Coordinación Docente

El fructífero trabajo diario llevado adelante en la Facultad se demuestra también en los Departamentos de Coordinación Docente que dependen de la Secretaría Académica. Creemos importante reflejar su quehacer, en esta oportunidad, a través de

lo hecho en los Departamentos de Derecho Comercial, Derecho Procesal y Práctica Profesional.

Departamento de Derecho Comercial

Entre sus publicaciones se cuenta con la *Revista Electrónica Estudios de Derecho Empresario*, enclavada en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba, se publicaron los volúmenes 22, 23 y 24. Director Académico: Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Vicedirectora Académica: Prof. Ab. Luisa Borgarello, Coordinadora Académica: Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco y colaboración en la edición y gestión de la Revista: Ab. Romina Furiasse.

También *CRONICOM* (Crónicas de la Escuela Comercialista de Córdoba), Boletín Digital de comunicación electrónica. En el espacio web destinado al Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial, <https://derecho.unc.edu.ar/departamento-de-derecho-comercial/>. Este boletín cuenta con Dirección Honoraria: Dr. Efraín Hugo Richard, Dr. José Fernando Márquez, Prof. Luisa Isabel Borgarello y Dra. Giselle Javurek, Dirección Académica: Ab. Cr. Jorge Fernando Fushimi, Dr. Orlando Manuel Muiño y Coordinación Académica y edición: Prof. Esp. María Fernanda Cocco.

Entre sus actividades Académicas se destacan:

- Colaboración con la Universidad Nacional del Sur en la realización del “XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia” en octubre de 2021.
- Colaboración en la realización del trienal “Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” en Córdoba, con nuestra Universidad Nacional y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Formación de una comisión permanente para la digitalización de ponencias y trabajos de los Congresos Iberoamericanos de Derecho de la Insolvencia, integrada por los Profesores Sergio Ruiz y Eduardo Chiavassa.
- Ciclo de Conversatorios “Empresa y Crisis. Propuestas innovadoras pensando el derecho comercial para la Argentina” - El Instituto de la Empresa navegando con el Arca”, organizado conjuntamente con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y la Secretaría de Postgrado de la Facultad. Dirección Académica: Profesores Dr. José Fernando Márquez, Dr. E. Daniel Truffat y Ab. Esp. María Fernanda Cocco. Coordinación General: Profesores Dr. Efraín Hugo Richard, Ab. María Cristina Mercado de Sala y Ab. Cr. Jorge Fernando Fushimi. Coordinación Técnico- Académica: Prof. Sixto Sonzini Astudillo, Ab. Hernán Cara y Ab. Fernanda Franchín.

- “V Jornadas Nacionales de SAS” realizadas en Homenaje al Prof. Dr. Efraín Hugo Richard y “Preparatorias del XV Congreso Argentino de Derecho Societario y del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”. Coordinación Académica: Profesores Solange Jure Ramos y José Sala Mercado.
- “Ateneo de Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones - Formación de Recursos Humanos” bajo la dirección de la Dra. Giselle Javurek.
- “Curso de Profundización en Derecho de la Navegación y Transporte y Comunicaciones” bajo la dirección de la Dra. Giselle Javurek.
- “Jornada sobre Transporte Terrestre y Multimodal” bajo la Dirección de la Dra. Giselle Javurek y la Coordinación de Soledad Pesqueira, Noelia Mana, Daniel Erezian, Víctor Hugo Musolino y Ariel Nuñez.
- “Ciclo de Conferencias de Derecho de la Navegación, Transporte, Aduanero y Turismo - Córdoba 2021” bajo la Dirección de la Dra. Giselle Javurek y la Coordinación de Soledad Pesqueira, Ernesto Frontera, Daniel Erezian y Víctor Hugo Musolino.
- Coorganización con el CEINAT (Centro de Estudios Internacional de la Navegación y el Transporte) del “Congreso Internacional de Derecho de la Navegación, Turismo y Transporte - 2022”.
- Organización de las “XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial” que tendrá lugar en el año 2023, conjuntamente con la Universidad Austral y el Instituto Argentino de Derecho Comercial, con modalidad virtual y presencial, que tendrá lugar para la presencialidad en la Ciudad de Pilar de la Provincia de Buenos Aires.
- Convenios con Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México- para la realización e intervención en conversatorios internacionales y formalizando la conferencia de apertura en el Congreso de Roma, entre el 13 y 17 de junio del 2022, en la Universidad de La Sapienza.

Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional

En el año 2021, aún en pandemia y con la virtualidad como forma prioritaria del desarrollo de las actividades académicas, el Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, utilizó las herramientas tecnológicas para generar espacios de capacitación dirigidos a la comunidad docente y a los alumnos. En efecto, en la memoria Anual final se puso de manifiesto las distintas actividades cumplidas en las áreas de Procesal Penal, de Teoría General del Proceso y de Procesal Civil. Y hoy, traemos a este Foro, las actividades y temas desarrollados.

En la idea de transmitir el trabajo fecundo del Sr. Profesor Emérito Dr. José Ignacio Cafferata Nores, y de las cátedras de Teoría General del Proceso, A y C, en la persona de su titular, Dra. Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo, y de la Dra. Cristina Estela González de la Vega, respectivamente, y de la Abog. Esp. Patricia Asrín, en la gestión de la Cátedra B, de Teoría General por licencia académica de su titular, como de las Cátedras de Procesal Civil A, a cargo de la Abog. Esp. Anahí Sandiano y de la Cátedra B, a cargo de la Sra. Prof. Dra. Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo, se destacan algunas de las actividades realizadas:

- “Jornada sobre Casación Civil, Laboral y Penal de la Provincia de Córdoba”. Se llevó a cabo el día 26 de agosto del 2021, con la valiosa asistencia de la Secretaría de Graduados, quien brindó el apoyo técnico de coordinación y de certificación. La actividad contó con la Dra. Cristina Estela González de la Vega como directora académica y la Abog. Esp. Anahí Sandiano, como Coordinadora. Fue invitado como disertante, el Prof. Dr. Mario Perrachione quien abordó “La Casación Civil. Estado actual y relación con el sistema interpretativo consagrado por el art. 1 del Código Civil y Comercial”, actuando como moderador, el Sr. Prof. Abog. Esp. Julio Fontaine (h). En la segunda parte, expuso el Prof. Dr. Marcelo N. Jaime, sobre “El nuevo Recurso de Casación Penal”, actuando como moderador el Prof. Ab. Esp. Sebastián G. Romero. En síntesis, la Jornada se tradujo en un tiempo de encuentro y de formación del pensamiento jurídico procesal, sobre la “casación” en sus aspectos más relevantes y actuales. Contó con la participación de importante número de asistentes.
- “II Jornadas preparatorias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal”, como trabajo intercátedras, con la participación del Área de Teoría General, de Procesal Civil y de Procesal Penal. Se trata de un espacio abierto y dispuesto para otras actividades, a partir de temas de interés académico, sea en Seminarios, Talleres, Jornadas y Conferencias, en respuesta de la inquietud científica de nuestros queridos profesores, a ellos nuestro reconocimiento.
- “Ateneo Permanente de Derecho Procesal”, constituye una propuesta que atiende y abarca: a) la formación en los valores de la Educación Superior y a través de ellos dimensionar a la Universidad y el ser universitario, en el marco del mensaje fecundo del Escudo de la Universidad Nacional de Córdoba, aggiornado desde la Abogacía con las tradicionales y nuevas incumbencias de la profesión y, b) la enseñanza práctica en la carrera de Abogacía, que se corresponde con la Res. 3401-E/2017 Ministerio de Educación de la Nación.

El Ateneo de Derecho Procesal se enmarca en el Programa de Trabajo de Derecho Procesal desde 1991, de las Cátedras “A” de Teoría General del Proceso y “B” de Derecho Procesal Civil y Comercial. En este sentido, se destaca que la Profesora Titular de ambas cátedras, Dra. H.C. y Dra. Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo, es autora y directora del mismo y en su ejecución cuenta con el valioso apoyo de

las Autoridades de la Facultad de Derecho, del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, con la fecunda labor de docentes, adscriptos, ayudantes alumnos, becarios, ex ateneístas y de estudiantes que cursan el período lectivo a la que se suma la especial colaboración de la Secretaria de Asuntos Estudiantiles.

Este Programa de Trabajo de Derecho Procesal se sustenta en programaciones anuales de estudios abarcativos de los valiosos antecedentes de nuestra historia, de los requerimientos y necesidades de nuestra época y de las nuevas tendencias durante el período que comprende la última década del segundo milenio pasado y las primeras décadas de este tercer milenio que transitamos.

En este marco de crecimiento educativo en pos de la excelencia académica, la génesis de los Ateneos se origina en el año 1991 en ocasión que en forma experimental se trabajó el instituto procesal del “Juicio de Desalojo” honrando el Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (1791-1991). Luego en 1992, se llevó a cabo el Ateneo de Práctica Profesional interdisciplinario y abierto en homenaje a los 500 años del descubrimiento de América (1492-1992). A partir del año 1993, se programan los Ateneos de Derecho Procesal dentro del área de los procesos experimentales desarrollándose las primeras ocho ediciones entre 1993 y 2000, destinado a alumnos del Plan Anual de la Carrera de Abogacía.

A partir del año 2001, se abrió una doble línea de trabajo. Por un lado, para los alumnos del Plan Anual de la Carrera de Abogacía, se mantuvieron los Ateneos de Derecho Procesal que representaron las ediciones 9° a 13°, todos ellos dedicados a la Cultura de la Paz y que tuvieron lugar entre los años 2001 a 2005, con motivo de que allí se concluyó el dictado regular de clases del Plan Anual. Por el otro lado, con el surgimiento del Plan 2000 -hoy vigente- que tiene dictado de clases semestrales, se abrió la línea de Talleres Generales de Trabajos Prácticos que se dictaron en seis ediciones, (2001-2006) todos ellos dedicados a fomentar la cultura de la paz. Es por ello al año 2021 fueron treinta y un Ateneos de Derecho Procesal. Desde el año 2007, los Ateneos se llaman Ateneo Permanente de Derecho Procesal y ya no tienen número de edición pues están en Sesión Permanente.

Entre las actividades académicas que se desarrollaron en torno al citado Ateneo de Derecho Procesal se destacan -entre otras- las actividades de los Talleres Generales, Talleres de Casos Prácticos, Programas de los Tribunales Experimentales, Talleres Interactivos, libros específicos, la Convocatoria de Voces Procesales con la participación de juristas de Argentina, Chile, España, Uruguay, Brasil, Panamá, Ecuador (2007), Jornadas Patrias de Derecho Procesal (2010), Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal que contó con expositores de la Universidad Complutense de Madrid y de nuestra Región (2010), Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (2011), la creación de la videoteca de Derecho Procesal.

El Ateneo Permanente de Derecho Procesal se desarrolla con estos objetivos:
a) Aplicar la teoría a la práctica de la realidad del proceso judicial; b) Atender a

la formación integral de la persona humana y, c) Estudiar con alegría la doctrina, legislación y jurisprudencia procesal.

A su vez, los destinatarios de esta labor académica son los alumnos de las asignaturas de “Teoría General del Proceso” y “Derecho Procesal Civil y Comercial” de la Universidad Nacional de Córdoba y asignaturas afines de la Universidad Nacional de La Rioja, a los que se suman también otras universidades argentina y extranjeras.

El Ateneo Permanente de Derecho Procesal se desarrolló en sus distintas ediciones de años anteriores en forma presencial en el Cabildo de Córdoba, Sala Regino Maders del Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Colegio de Escribanos, Banco de la Provincia de Córdoba y principalmente, en la mayoría de sus ediciones en el Salón Dalmacio Vélez Sarsfield de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Sin embargo, durante la pandemia global del COVID 19, como consecuencia de la situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio (A.S.P.O. Decreto PEN 297/20) y de distanciamiento social, preventivo y obligatorio (D.I.S.P.O.) en los años 2020 y 2021 se llevaron a cabo con modalidad virtual con transmisión por *streaming* y la edición del año 2021 fue subida al *canal youtube* de esta Casa de Trejo.

El Ateneo Permanente de Derecho Procesal se trata de una labor en el aula, que también implica desenvolver actividades de investigación y extensión en el marco de la enseñanza práctica de la carrera. Es así como los Ateneos se caracterizan porque en un marco de creatividad y de excelencia académica se trabajan los ejes centrales de la asignatura en conjunto, con las nuevas tendencias en doctrina, legislación, jurisprudencia y páginas web oficiales. Además, sus ediciones anuales son de carácter gratuito.

Puntualmente, en lo que respecta a la excelencia académica se pone en valor que sus ediciones cuentan con las Declaraciones de Interés de distintas instituciones como nuestra Casa de Altos Estudios, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba, de la H. Legislatura de la Provincia de Córdoba, Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja, Centro Binacional IICANA y el *Alumni Hub*, Red Argentina Americana para el Liderazgo, Red Argentino Americana para el Liderazgo (REAL), Red Interamericana de Asociaciones de *Alumni* (IANAmericas) y el *Alumni Youth Council* de Córdoba.

Esta labor académica que se desarrolla con la modalidad de Programa de Trabajo de Derecho Procesal de las Décadas (1ª, 2ª, 3ª y 4ª décadas) y, representa una intensa y fecunda labor dedicada a la formación en valores y capacitación en conocimientos jurídicos de los estudiantes universitarios de todas las latitudes del país. Además, se destaca que en los programas de las asignaturas de Teoría General del Proceso-Cátedra “A” y de Derecho Procesal Civil y Comercial -Cátedra “B”, del Plan de Estudios 2000 se desarrolla el “Aula Ateneo”, cuyas actividades del aula consisten en planificar en forma anual el Ateneo Permanente de Derecho Procesal. En el 1º semestre, la labor de los Ateneos se desenvuelve en dos etapas:

a) se constituyen los equipos de estudio de estudiantes por curso y/o se trabaja en las presentaciones individuales, contando ambos con la coordinación y consultas docentes presenciales y vía e-mail y; b) luego, en una sesión final se realizan las defensas públicas, todo evaluado por los docentes de las cátedras participantes a los fines de discernir el otorgamiento de los distinciones y premios académicos. Mientras, que en el 2º Semestre se lleva a cabo el Foro de Derecho Procesal dentro del cual se implementa a partir del año 2018 un “Concurso de Ponencias de Derecho Procesal”, también con otorgamiento de distinciones académicas.

A modo de corolario, se destaca que la labor de los “Ateneos” en su faz formativa que se da en el plano de “En Pos de la Solidaridad Académica” y, los mismos constituyen un proceso educativo de integración permanente y continua que tiene como resultado la construcción de una comunidad de cátedra autentica, mientras que -en lo personal- contribuye a trabajar los valores fundantes de nuestra patria, de la república, de la democracia y los valores universitarios, en función del mensaje fecundo del escudo de la Universidad Nacional de Córdoba, como así también los valores inherentes a la persona humana, al igual que el compañerismo y amistad en los alumnos, ayudantes alumnos, adscriptos y docentes.

-“El Proceso Civil Electrónico: nuevo paradigma”. En el marco de las actividades de extensión desarrolladas por la Cátedra “A” de la asignatura Derecho Procesal Civil y Comercial integrante del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, actividad organizada a través de la Secretaría de Graduados de esta Facultad. Dicha actividad se realizó bajo la titularidad interina de la Profesora Ab. Esp. Anahí María Sandiano y con su dirección académica. La coordinación académica estuvo a cargo del Mgter. Miguel Robledo, fueron sus colaboradores los adscriptos Ab María Julieta Bigo y Ab. Germán D. Flores.

La elección del tema fue justificada en la necesidad de los abogados de capacitarse en el ejercicio de las habilidades que requiere la litigación tras la incorporación de las nuevas tecnologías de información y comunicación, en particular, en el proceso civil. Cabe destacar que la repercusión superó las expectativas atento a que hubo 349 inscriptos.

Atento que se trató de una labor de cátedra, se invitó en el carácter de disertante, al Sr. Profesor Titular de la misma asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Ab. Santiago Rodríguez Junyent. Con una mirada interdisciplinaria por la temática abordada, tuvo participación el Ingeniero en Sistemas Andrés Aliaga. El temario y sus disertantes se organizaron de la siguiente forma: “Infraestructura tecnológica del proceso civil”, Prof. Anahí María Sandiano; “Expediente Electrónico”, Prof. Santiago Rodríguez Junyent; “Notificaciones Electrónicas”, Prof. Miguel Robledo y “Aseguramiento de la prueba informática”, Ing. Andrés Aliaga.

A modo de conclusión, por la experiencia obtenida en este curso, se puede observar la necesidad de replicar el tratamiento de los temas vinculados al proceso

jurisdiccional y las nuevas tecnologías de información y comunicación, profundizando el marco que se dio a esta jornada e incluso ampliando la selección de temas abordados.

-Seminario: “Recurso de Casación: Las implicancias de la reforma introducida por la Ley 10749”.

En el ámbito del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, el Prof. Emérito Dr. José Ignacio Cafferata Nores, presentó y dirigió el Seminario, fueron sus coordinadores la Ab. Magister Natalia Luna Jabase y Ab. Esp. Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui. Se llevó a cabo desde el 7 de setiembre al 16 de noviembre del 2021. La apertura del seminario fue realizada por la Sra. Directora del Dpto. de Dcho. Procesal y Práctica Profesional, Dra. Cristina Estela González de la Vega y por el Sr. Director, Prof. Emérito Dr. José Ignacio Cafferata Nores, estuvo dirigido a adscriptos, ayudantes alumnos de la materia Derecho Procesal Penal, abogados litigantes y a aquellos que se desempeñan dentro del Poder Judicial o del Ministerio Público Fiscal.

La propuesta se desarrolló en 8 módulos que se dictaron con una frecuencia semanal bajo la modalidad de cursado a distancia, tanto asincrónica -por medio del aula virtual de la Facultad de Derecho- como sincrónica -con clases por videoconferencia *Meet*-, alcanzando el importante número de noventa y dos asistentes aprobados.

Las disertaciones estuvieron a cargo del Dr. José I. Cafferata Nores, Ab. Esp. Natalia Luna Jabase, Ab. Martín José Cafure, Ab. Manuel Andrés Calderón Meynier, Ab. Carlos Francisco Ferrer, Ab. José Gómez Demmel, Ab. Maximiliano García, Ab. Cristián Ayan, Ab. Gabriel Pérez Barbera, Ab. Ivana Rossi y Ab. Valeria Trotti.

-Primeras Jornadas Preparatorias del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal.

Las Primeras Jornadas Preparatorias del “XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal”, se llevaron a cabo el pasado 24 de noviembre del 2021, bajo la modalidad virtual. Con la propuesta de la Directora del Departamento, fue posible gracias al trabajo de organización intercátedras del Área Civil: Teoría General del Proceso, Cat. A, B y C y de Derecho Procesal Civil Cat. A y B, dirección de las Sras. Profesoras, Dra. Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo, Dra. Cristina Estela González de la Vega, Ab. Esp. Anahí Sandiano y Ab. Esp. Patricia Asrin, con la coordinación ejecutiva de Mgtr. Natalia Luna Jabase.

La actividad fue coorganizada con la Secretaría de Graduados y el Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. La organización de las Jornadas (declaradas de interés por la Facultad), importó una invitación a participar de los temas actuales del Derecho Procesal no solo a la comunidad académica (docentes, adscriptos y ayudantes alumnos) sino a los operadores jurídicos en general, lo que se visualizó en la gran cantidad de participantes.

Las Jornadas Preparatorias del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, se pensaron en dos eventos, el primero realizado en noviembre del año 2021 y el segundo durante el año 2022.

Las Jornadas se estructuraron en dos paneles de Profesores, en el Primero disertaron: la Prof. Dra. Rosa Ávila Paz de Robledo: "Digitalización del Proceso y audiencias virtuales"; la Prof. Dra. Cristina Estela González de la Vega: "Principio de Proporcionalidad"; la Prof. Ab. Esp. Anahí Sandiano: "Gestión del Proceso, nuevas tecnologías e inteligencia Artificial"; el Prof. Dr. Federico Arce: "Tutela preventiva". Culminado el primer Panel, siguió la Conferencia magistral a cargo del Dr. Prof. Dr. Jorge Rojas -Presidente de la Asociación Argentina de Dcho. Procesal- sobre el tema "Oralidad. Procesos por Audiencias y Reforma procesal". A su turno, el segundo Panel de Profesores estuvo integrado por el Prof. Dr. José María Salgado "Adaptabilidad de las formas y Acuerdos Procesales", el Prof. Ab. Esp. Julio Fontaine (H): "Gestión Judicial de los Juzgados de cobros particulares de Córdoba", la Prof. Ab. Esp. Sonia Cabral "Principio de Colaboración"; Prof. Ab. Mabel Marchetti: "Impacto del CCCN en las instituciones procesales. Prof. Dr. Manuel González Castro: "Principios Procesales" y Prof. Ab. Esp. Héctor González "Justicia Inmediata. Tutela Judicial Efectiva y sectores vulnerables". El cierre del evento estuvo a cargo de la Sra. Profesora Dra. Rosa Ávila Paz de Robledo quien de modo claro y concreto realizó la síntesis doctrinaria-académica de las ideas debatidas. Por fin, el mensaje del Sr. Decano como saludo final, dando formalmente cierre a las mismas. El enlace a la grabación de las Primeras Jornadas a los fines de su consulta, es el siguiente: <https://drive.google.com/file/d/1f1kUALWYOrW7oNJt0yrHOBsrhhyX8hG3/view?usp=sharing>

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332057/58 int. 356, email: academica@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 8:00 a 20:00 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar.

Formación en posgrado

Pese a la situación sanitaria que es de público conocimiento y que venimos atravesando desde marzo de 2020, si bien con medidas que permiten una apertura a la presencialidad -con protocolos estrictamente estipulados por el COE-, nuestra Secretaría de Posgrado avanza a grandes pasos con nuevas ofertas, nuevas carreras y novedosas propuestas.

Distintas carreras recientemente acreditaron y categorizaron exitosamente. De ellas destacamos la máxima categorización de nuestro centenario Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales que es acreditado "A", y a partir de allí es que tomamos la decisión y ejecución de la creación de un Programa de Posdoctorados que hoy sale a la luz. Era un espacio que esperaban Doctores, recibiendo esa respuesta tan esperada no solo de los que se doctoraron en nuestra casa de altos estudios sino de diferentes universidades del país y extranjeras en busca de un crecimiento intelectual. Y hoy

es una realidad, gracias a una actividad esforzada, tenaz, perseverante de nuestras autoridades, el cuerpo académico y el personal administrativo. Demostramos como Facultad que podemos aun en los momentos más difíciles, dar respuesta con una actividad académica formativa de primer nivel y con un crecimiento permanente en ofertas de excelencia buscando que los egresados encuentren en el camino que le abrimos un estímulo y una formación superior que les permita competir en los máximos niveles con superioridad.

Se trasvasan fronteras con ofertas académicas y es así que la producción intelectual de nuestra bicentenaria Facultad de Derecho cuyo horizonte es la “excelencia académica”, crece con ese sentido inclusivo y social que no lo pierde, al contrario suma convenios con distintas entidades para hacer realidad, en una articulación integrativa, los principios de inclusión, solidaridad y excelencia.

Oferta Académica

La Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ofrece una amplia variedad de actividades académicas destinadas a la formación de profesionales que cuentan con título de grado; que desarrollen sus actividades en el ámbito del Poder Judicial, la administración pública u organizaciones privadas, y deseen especializarse, actualizar y poner en común sus conocimientos en aquellos temas interesantes en el panorama del derecho argentino y americano.

La consolidación de estas carreras, cursos, seminarios, talleres, paneles y jornadas de Posgrado supone que, año tras año, podamos seguir ofreciendo a todos aquellos que nos visitan un atractivo plantel de programas académicos, en los que participan distinguidos profesores, investigadores y especialistas de reconocido prestigio nacional e internacional.

Forman parte de la agenda académica virtual 2022 mientras se mantenga el riesgo sanitario:

Carreras de posgrado

- *Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales- Categorizada A por Res. CONEAU 684/2020.*

La carrera hunde sus raíces allá en el Siglo XVIII cuando por disposición del virrey Nicolás Antonio de Arredondo se incorporan estudios de derecho a la universidad, naciendo así la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, según registros de la Universidad, en el año 1791.

Director: Prof. Dr. Edgardo García Chiple.

Coordinadora Académica: Prof. Dra. Esther Susana Borgarello.

- *Doctorado en Ciencia Política* (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-).
Directora: Prof. Dra. María Teresa Piñero.
- *Maestría en Derecho Administrativo*
Directores: Profs. Dres. Domingo J. Sesín y José L. Palazzo.
- *Maestría en Derecho y Argumentación*
Directores: Profs. Dres. Hugo Seleme y Ernesto Garzón Valdez.
- *Maestría en Derecho Civil Patrimonial*
Directores: Profs. Dres. Juan Carlos Palmero y Juan Manuel Aparicio.
- *Maestría en Derecho de Vejez* (primera en su género dictada en Latinoamérica).
Directores: Profs. Dres. María Isolina Dabove y Ramón Daniel Pizarro.
- *Maestría en Sociología* (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-)
- *Especialización en Derecho de Familia*
Directoras: Profs. Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Elena García Cima de Esteve.
- *Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Laboral* (UNC – UCC – UNL)
Directores: Profs. Dres: Albor Cantard y María del Carmen Piña.
- *Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Penal* (UNC – UNL)
Directores: Prof. Dres. José Milton Peralta, Enrique Buteler y Ricardo Alvarez.
- *Especialización en Derecho de los Negocios*
Directora: la Prof. Ab. Cristina Mercado de Sala.
- *Especialización en Derecho Procesal*
A cargo de dirección Prof. Dr. Manuel González Castro.
- *Especialización en Derecho Tributario*
Director: Prof. Ab. Héctor Villegas Ninci.
Subdirector: Prof. Dr. Maximiliano Raijman.
- *Diplomatura en Reformas Procesales*
Directores: Prof. Dra. Cristina González de la Vega y Prof. Ab. Leonardo González Zamar.

- *Diplomatura en Trata de Personas. Una nueva forma de esclavitud en el Siglo XXI*
Director: Prof. Dr. Ricardo del Barco.
- *Diplomatura en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Abogada/o de NNyA*
Directores: Prof. Dra. Olga Orlandi, Prof. Ab. Fabián Faraoni.
Directora Ejecutiva Med. Amalia López (Defensora de NNyA de la Pcia. de Córdoba).
- *Diplomatura en Diplomacia Contemporánea*
Directora: Prof. Dra Graciela Salas.
- *Diplomatura en Derecho Municipal*
Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Norma Bonifacino.
- *Diplomatura en Derecho de la Seguridad Social y del Trabajo*
Directora: Prof. Dra. Rosa Elena Bosio.
- *Diplomatura en discapacidad. perspectiva y prospectiva. Enfoque interdisciplinario.*
Directores: Prof. Dr. Domingo Sesin y Prof. Dra. Susana Pares.
- *Diplomatura en género, derecho y violencias*
Directora Prof. Dra. Mariana N. Sánchez.
- *Diplomatura en Derecho a la Privacidad y Protección de Datos Personales*
Director Prof. Dr. Juan Fernando Brügge.

Programa de Posdoctorados

El Programa de Posdoctorados tiene como meta continuar con la formación de los doctores en Derecho y Ciencias Sociales. Es objetivo capacitarlos en áreas específicas, fomentando las actividades académicas y en especial buscando el intercambio científico, la investigación de excelencia y una formación de calidad en docencia. Se trata de un programa de eminente valor académico y científico dirigido a doctores egresados de universidades nacionales y extranjeras de reconocido prestigio.

También podemos citar entre otros cursos y seminarios a:

- Curso de Posgrado Gobierno, Liderazgo y Gestión Pública – 2º Edición.
- Curso de Posgrado en “Comunicación Judicial” coorganizado con el Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Núñez”, Poder Judicial de Córdoba.
- Curso de Posgrado “Relaciones entre el Poder y el Derecho en la Historia Argentina”.
- Seminario “Temas Notariales 2022”.

- Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica y Social.
- Cursos de Lecto-comprensión de Textos Jurídicos en Idioma Extranjero: Inglés, Portugués, Italiano, Latín y Francés.

Convenios de cooperación científico-académica

Para fortalecer la calidad académica desde esta Secretaría se han formalizado distintos convenios de cooperación científico - académico, entre los cuales destacamos:

- Convenios de Doble Titulación Doctoral con las Universidades de Boloña (Italia) y Munich (Alemania).
- Convenios Nacionales con los distintos Poderes del Estado Nacional, Provincial y Municipal: así con 1) Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2) Ministerio Público de Defensa, 3) Municipalidad de Córdoba, 4) Municipalidad de Río Cuarto, 5) Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 6) Academia Nacional de Derecho, 7) Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 8) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 9) Fiscalía de Estado, 10) Instituto Sudamericano de Pesquisas (ISPED), 11) Centro de Promoción del Adulto Mayor (CEPRAM), 12) Centro Paraguayo de Estudios de Posgrado (CEPEP), 13) Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, 14) Regional Cuarta Capital del Colegio Profesional de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Córdoba, 15) Escuela de Abogados de Catamarca, 16) Sociedad Argentina de Gerontología y Geriatría, 17) Universidad de Navarra, 18) Caja de Jubilaciones, 19) Consejo Federal de Notariado Argentino, 20) Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 21) Bolsa de Comercio de Córdoba 22) Polo de la Mujer, 23) Instituto para el Desarrollo de Políticas Estratégicas - Diseñando Ciudad, 24) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 25) Escuela de Abogados del Estado, 26) Asociación Argentina de Derecho Procesal, 27) Cámara Federal (superintendencia de la cuarta circunscripción judicial), 28) Colegio de Abogados de Córdoba, 29) Colegio de Abogados de Villa Dolores, 30) Defensoría de los Derechos de NNyA de Córdoba, 31) Colegio de Abogados de Río Cuarto, 32) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Río Cuarto, 33) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba, entre otros.

A modo de epílogo

Esta breve reseña de la actividad de la Secretaría de Posgrado muestra a las claras que el paso de lo presencial a la virtualidad no nos atemorizó, ni menos aún nos desanimó, fue un desafío que lo transitamos con el afán de brindar la excelencia. Se superaron ampliamente las expectativas, los inscriptos ansiosos por elevar su formación profesional respondieron rápidamente numerosos inscriptos en las

nuevas ofertas, continuidad de aquellos que se iniciaron en la presencialidad, y hoy miramos con alegría tesis que se rinden desde la virtualidad. El alborozo nos invade al ver la respuesta inmediata de la comunidad universitaria, que traspasó las fronteras de nuestra Córdoba ya señera desde fines del siglo XVIII en formación intelectual.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351-4332064/4332135, email: cgradua@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 09:30 a 13:30 hs. y de 15:30 a 19:30 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar

Actividades en investigación

Ciencia y Técnica

La Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la UNC informa de las actividades transcurridas durante el último semestre de 2021 y primeros meses de 2022.

- Becas de Maestría, Doctorado, finalización de Doctorado y Posdoctorales. Cabe destacar que, en junio del 2021, el Honorable Consejo Superior de la UNC aprobó por unanimidad eliminar las limitaciones de edad para acceder a las becas de postgrado (Maestría, Doctorado y Postdoctorado) que otorga la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SeCyT) de la UNC. La Convocatoria 2021 estuvo abierta en los meses de agosto-septiembre de 2021, ambos inclusive.
- Becas CIN - Estímulo a las Vocaciones Científicas. A través del "Plan de Fortalecimiento de la Investigación Científica, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación en las Universidades Nacionales" (Ac. Pl. N° 676/08 y 687/09), el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) financia Becas de Estímulo a las Vocaciones Científicas (EVC) para estudiantes universitarios de grado que deseen iniciar su formación en investigación, se realiza en el marco de proyectos de investigación acreditados que se desarrollen y cuenten con financiamiento, en el ámbito de las Instituciones Universitarias Públicas (IUP), en disciplinas científicas, humanísticas, tecnológicas o artísticas. La Beca EVC consiste en el otorgamiento de un estipendio mensual por un período de doce (12) meses, concebido como un apoyo para dedicarse durante doce horas semanales a las tareas y actividades de investigación, que se complementarán necesariamente con el avance de los estudios de la carrera de grado que se realiza.
- Apoyos económicos. Los apoyos económicos tienen como propósito colaborar en la organización de jornadas, congresos, *workshop* y para los museos de la Universidad Nacional de Córdoba, co-financiar publicaciones periódicas producidas en las Facultades, Escuelas, Institutos y Centros de Investigación de la Casa de Trejo, colaborar con las suscripciones a Revistas Internacionales

de tipo científico-académicas y la asistencia o presentación de trabajos en eventos científicos (jornadas, congresos y *workshop*) fuera del país.

- Proyectos de investigación. En abril de 2021, el Honorable Consejo Superior mediante Resolución N°97/2021, dispuso en función de las recomendaciones realizadas a las universidades por los Ministerios de Educación y Salud de la Nación debido a la situación socio-sanitaria generada a partir de la pandemia por COVID-19 y los cambios y reestructuraciones que se debieron realizar en la Universidad Nacional de Córdoba, prorrogar todos los proyectos de investigación vigentes:
- Consolidar de la convocatoria 2018: Extensión de las ejecuciones de proyectos hasta el 31-12-22. Los informes académicos y rendiciones contables, se podrán presentar hasta el 31-03-23.
- Formar y Estimular de las convocatorias 2020: Se podrán ejecutar los proyectos aprobados en esa convocatoria hasta el 31-12-2022. En tanto, los informes y rendiciones tendrán como fecha límite el 31-03-2023.
- Consolidar de la convocatoria 2020: Estos Programas y Proyectos SeCyT se podrán presentar hasta el 31-12-2024. Los informes académicos y rendiciones contables parciales se recibirán hasta el 31-03-2023. Mientras que las presentaciones de los informes y rendiciones finales tienen como plazo el 31-03-2025. En el mes de octubre se entregó de la tercera cuota de los proyectos Consolidar 2018 de la SECYT UNC y se presentaron las solicitudes de Incentivos de investigación 2019.

Por otra parte, en el mes de agosto de 2021 se hizo entrega de la segunda cuota de los proyectos Formar, Estimular y Consolidar de la Convocatoria 2020 y la cuarta cuota de los Proyectos Consolidar Convocatoria 2018.

Los invitamos a contactarse con nuestra Secretaría para informarse de todas las actividades, eventos y apoyos científicos que ofrecemos para estimular la investigación científica del Derecho.

Para informes e inscripciones: Caseros 301, planta baja, de lunes a jueves de 10:00 a 15:00hs y viernes de 10:00 a 14:00hs, o por teléfono: 0351-4332011, o por correo electrónico: scyttec@derecho.unc.edu.ar. Más info: www.derecho.unc.edu.ar Facebook en la página Secyt Derecho UNC.

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) organiza distintas actividades de formación y desarrollo en investigación, entre las que se enumeran:

Ciclos, seminarios, jornadas y programas institucionales realizados a través de plataformas virtuales

Seminarios

- Democracia y Constitución
- Autonomía en clave feminista
- Derecho Cooperativo
- Políticas públicas de energías renovables
- Nuevas perspectivas del Derecho Internacional Privado
- Salud mental y Derecho
- Amparo de salud
- Derecho Municipal

En colaboración con Secretaría de Posgrado:

- Seminario de Género, Derecho y Violencia, conectado al Programa del CIJS sobre Género y Derecho.

Asignaturas opcionales en la Facultad

- “Feminismo jurídico”. Prof. Responsable: Dra. Mariana Sánchez.
- “Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva del empleo”. Profs. Responsables: Prof. Dra. Alejandra Sticca y Prof. Ab. Carla Saad.

Jornadas

- XXI Jornada sobre Experiencias en Investigación: 46 Ponencias inscriptas, trabajo paralelo en tres comisiones -Derecho Público, Derecho Privado, Estudios Básicos-, en Salas de Google Meet.
- III Jornadas Interuniversitarias de Mediación. Coorganizada con las Facultades de Derecho CIJS-UNC, - UCC y UNIV. CAGLIARI-Italia con la presencia de los Decanos de las mismas, Prof. Dres. G. Barrera Buteler, J. Gallino, Carlo Pilia, con la participación de 30 disertantes nacionales e internacionales y asistencia de más de 400 profesionales.

Becas y tutorías

- Becas de Pregrado: 16 en total que conforman la misión principal del programa CIJS de estímulos de vocaciones científicas -otorgamiento de 7 nuevas que se sumaron a las 9 adjudicadas el año 2019-. Constituyen el vínculo fundamental con el dictado de la asignatura opcional.
- Tutorías de Investigación, asignatura opcional ofrecida por el CIJS. Los alumnos 2020, siendo un antecedente valioso el proyecto final de la materia que suele constituir el paso previo a su postulación como becarios.

Unidad Ejecutora

- Oferta de Servicios Tecnológicos de Alto Nivel (STAN) por parte de investigadores e investigadoras del CIJS.
- Desarrollo del “Proyecto de Unidad Ejecutora - PUE”, aprobado por el Directorio de CONICET durante 2020, con la investigación “Las políticas públicas para la prevención y erradicación de las violencias sexo-genéricas en la provincia de Córdoba”, cuyo responsable institucional es el Dr. Esteban Llamosas y el responsable académico el Dr. Juan Marco Vaggione. Desembolso de los primeros fondos. Incorporación de una becaria doctoral al CIJS en el marco del Proyecto. Finalización del concurso para incorporar un cargo de personal de apoyo afectado al Proyecto.
- Fondo de apoyo de la Secretaría de Políticas Universitarias a las Unidades Ejecutoras. Compra de equipamiento y mejora de la infraestructura edilicia (recambio completo de los cortinados del edificio, notebook, renovación total de luminarias).

Publicaciones

- Convocatoria Anuario XX.

Puesta en valor de nuestro edificio histórico y vuelta a la presencialidad

- A raíz de la pandemia por el Covid-19 y el confinamiento obligatorio durante el 2020 y parte del 2021, que forzó el trabajo virtual desde los hogares, no hubo trabajo presencial en el edificio. Desde el primero de febrero de 2021 volvieron a utilizarse las instalaciones de nuestro Centro de Investigaciones, cumpliendo con los protocolos vigentes. Desde septiembre de 2021 el regreso a la presencialidad ocurrió con regularidad, abriendo tres veces por semana. Desde 2022 contamos con personal de seguridad durante toda la jornada de trabajo, provisto por la Facultad de Derecho.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332059, Caseros 301, Córdoba. Horario de atención: 10:00 a 18:00 hs. Email: cinvestderecho@gmail.com Más info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook.

Actividades de extensión y relaciones internacionales

La Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad es un importante vínculo de nuestra comunidad académica con la sociedad. A esos fines organiza distintas Jornadas, Seminarios, Congresos y Talleres, Proyectos de Extensión que se materializan a lo largo del año, con la activa participación de instituciones y organizaciones de la sociedad civil. Se destacan:

- Difusión de los *Programas de intercambio en el Exterior Modalidad Virtual*, convocatoria abierta por la Pro Secretaría de Relaciones Internacionales de la UNC para llevar a cabo el cursado de una o dos materias en alguna de las Universidades adheridas a esta modalidad. Universidad de Colima-México-Universidad de Boyacá-Colombia-Universidad de Santo Tomás-Universidad de Passo Fundo- y demás universidades que se adhirieron al *Programa Modalidad Virtual*. Esta novedosa modalidad de internacionalización despertó el interés de un nutrido grupo de estudiantes de nuestra Facultad, siendo seleccionados para cursar virtualmente en estas Universidades.
- Se entablaron propuestas para la firma de convenios con Universidades de diferentes países, como por ejemplo con el Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) de Brasil, con la Universidad Pontificia Bolivariana de Colombia y con la Universidad de Sevilla, España.
- Se extendieron avales para postulantes a Becas a Programas de Movilidad, tanto de grado como de posgrado.
- Se llevaron a cabo numerosas jornadas y seminarios sobre temas relacionados no sólo al Derecho, sino al contexto social que se vivió durante el 2020 a causa de la pandemia generada por el Covid-19. Los disertantes fueron elegidos por ser expertos en las áreas en las que se trabajó, y las actividades fueron destinadas al público en general, convocando a un gran número de asistentes.
- Se continuó trabajando el *Programa Compromiso Social Estudiantil*.

Para informes e inscripciones comunicarse al teléfono (0351) 4331099, Independencia 258 1° Piso, Córdoba. Horario de atención: 10 a 14 horas. Más info: email: extyri@derecho.unc.edu.ar

Actividades para graduados

La Secretaría de Graduados tiene como finalidad brindar a los graduados la formación e información permanente necesarias para su capacitación y desarrollo en la vida profesional. Consecuentemente con los objetivos de la función de esta secretaría, se pretende desarrollar capacidades en la interpretación y comprensión de conocimientos jurídicos y multidisciplinarios, dar difusión a las opiniones de expertos, propiciar la articulación de conocimientos, transferencias operacionales y la familiarización con nuevos roles profesionales y científicos, destacando principalmente la capacitación en la práctica profesional del graduado, pero a la vez se busca también capacitar y expandir los conocimientos también a los estudiantes de grado, para aportar en su formación y vayan adquiriendo habilidades para su futura inserción en el ámbito del ejercicio profesional.

Con ese fin, se receptan constantemente, distintas inquietudes de profesores de la facultad y diversas instituciones que se cristalizan en la organización de seminarios, cursos y jornadas que en el año 2021 se realizaron de manera digital, pero en el año 2022 se realizan bajo presencialidad “hibrida”, algunas actividades serán de manera presencial y a su vez se transmitirán a través del canal oficial de you tube de la Facultad y por la plataforma Google Meet, en simultáneo.

Entre las actividades desarrolladas se destacan:

- “1º Jornadas preparatorias del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal”. La propuesta fue efectuada por las Dras. Rosa Angélica Ávila Paz, Cristina González de la Vega y la Prof. Esp. Anahí Sandiano. Las mismas contaron con la declaración de interés general y adhesión de la Facultad de Derecho, UNC, por Res. Decanal nº1076/2021. El encuentro se desarrolló de manera virtual a través de la plataforma zoom. Los objetivos propuestos fueron: dotar a los asistentes de herramientas prácticas, conocimiento para el ejercicio profesional, tanto de la perspectiva del asesor, como del consultor y del litigante en la actualización del derecho procesal como preparatorio del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Se destaca la cantidad de 276 inscriptos.
- “Seminario Taller “Las estrategias y herramientas transformadoras del maletín, para trabajar en prácticas restaurativas”. La propuesta fue efectuada por la Prof. Elena García Cima de Esteve por el Laboratorio de Resolución Pacífica de Conflictos. El Seminario tuvo un total de 20 horas, homologadas como formación continua de mediadores. Los encuentros se realizaron de manera virtual. El mismo fue realizado en el marco de un convenio con la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes, dictado del 8 al 16 de julio del año 2021. El equipo docente estuvo conformado por el Prof. Raúl Alejandro Álvarez, la Prof. Noemí Tamashiro y conto con la Dirección de la Prof. Elena

García Cima de Esteve. Asimismo, fueron colaboradores docentes el Ab. Ads. Josua Daniele, el Ab. Ads. Emiliano Minassian y la Mgter. Ivanna Bressanini.

- La Secretaria de Graduados consideró importante otorgar el auspicio académico para las “IV Jornadas Interuniversitarias de Mediación”, organizadas por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) y El Instituto Interdisciplinario de Estudios de Conflictos, Decisiones y Estrategias (IICDEAS), ambos pertenecientes a la Facultad de Derecho de la UNC, conjuntamente con el Instituto de Mediación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCC, a los que se sumó *Universita degli Studi di Cagliari*, Italia.
- Firma del “Convenio Específico de Colaboración entre la Municipalidad de Rio Tercero de la Ciudad de Córdoba y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.” El día lunes 28 de marzo de 2022, tuvo lugar la firma del Convenio entre el Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler y el Intendente de la Municipalidad de Rio Tercero, Señor Marcos Ferrer, el cual tendrá por objeto colaborar y cooperar para crear espacios académicos, culturales y de responsabilidad social, impulsando proyectos de acción que contribuyan con el avance institucional, académico, científico, técnico y profesional de ambas entidades.

A su vez y en forma específica, este convenio, que cuenta con el aval de la Directora del Laboratorio de Resolución Pacífica de Conflictos de esta Facultad, Prof. Elena García Cima de Esteve, tiene previsto, el apoyo y asesoramiento en situaciones familiares, de niñas, niños y adolescentes y otros sujetos en riesgo de vulneración de derechos en las situaciones de conflicto, para la prevención y resolución pacífica por mediación y otras estrategias alternativas, contando -y en el caso proveyendo- docentes formadores, mediadores y asesoramiento especializado. Estará dirigido a la contribución para el desarrollo de programas de mejoramiento de comunicación interinstitucional en las áreas de familia, niñez y género.

- Clase abierta: “Derechos Humanos Laborales- Derecho Internacional del Trabajo”. La actividad tuvo como Director Académico al Prof. Dr. Mauricio César Arese, quien además fue su disertante, presentando la materia opcional Derechos Humanos Laborales- Derecho Internacional del Trabajo, de la cual es el director.

El equipo de adscriptos realizó la coordinación de la actividad. El encuentro se desarrolló de manera presencial en el Salón Vélez Sarsfield, manteniendo los protocolos sanitarios adoptados por la Facultad y además se transmitió en forma virtual a través de la plataforma Zoom.

- “Jornadas preparatorias de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”. Esta propuesta fue efectuada por los profesores Olga Orlandi y Fabián Eduardo Faraoni, Profesora Titular y Profesor Adjunto de Derecho Privado VI (Cátedra “B”). Las mismas son las Jornadas Preparatorias de las XXVIII Jornadas Nacionales De Derecho Civil que se llevaran a cabo en Mendoza del 22 al 24 de setiembre del 2022. Cabe destacar que, como disertantes, además de la Prof. Dra. Olga Orlandi, de la reconocida Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci y de la Dra. Mariel Molina de Juan, ambas de la provincia de Mendoza.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos (0351) 4332057/58/60 inte. 351, Obispo Trejo n° 242, 2° piso, Córdoba. Horario de atención: 10.30 a 14 horas. Más info: e-mail: graduadosfdyccs@gmail.com

BARBARÁN, Gustavo E. (Coordinador - Compilador). *La Cuestión de las Islas Malvinas, Georgia y Sándwich del Sur, en un contexto de rediseño geopolítico mundial.* EUCASA, Ediciones Universidad Católica de Salta, Salta, Argentina, 2020, 245 páginas.

En esta oportunidad el prestigioso profesor Gustavo E. Barbarán, nos presenta este trabajo, como resultado de las Segundas Jornadas Académicas sobre la cuestión de las Islas Malvinas, Georgia y Sándwich del Sur, realizadas por el Instituto de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Salta (IDI).

El trabajo se inicia con la *presentación de las Jornadas* que se llevaron a cabo los días 8 y 9 de junio del 2018, en la cual autor, mediante una breve explicación, expresa que dividieron la temática en cuatro paneles. El primer panel que estuvo a cargo de Carlos Biangardi Delgado y Roberto Camardelli Carrazzo, se tituló: “*El Comunicado Conjunto de septiembre de 2016 y sus implicancias en el nuevo contexto de la política exterior argentina*”. El segundo panel con Martín A. Rodríguez y Melisa R. Languasco apuntó a las “*Incidencias del Brexit en la cuestión Malvinas*”. El tercer panel, Alejandro Benavidez y Gustavo L. Beguet, se refirió a “*La seguridad y defensa en el Atlántico Sur*”. Y en relación al último panel a cargo de Federico de Singlau y Gustavo E. Barbarán se trató “*La problemática del Atlántico Sur en el marco geopolítico global y la Construcción del poder nacional*”.

El *Prólogo* está a cargo de Marta Y. Tejerizo, en donde realiza una breve síntesis de los trabajos presentado en la obra, destacando la cantidad de datos informáticos y bibliográficos, que servirán de gran aporte a los docentes, alumnos y público en general.

La obra se divide en seis capítulos, en donde se incluyen los ensayos presentados en los paneles, antes mencionados, y que se ubican de manera distinta al orden en que fueron expuestos en las Jornadas.

A continuación, se inicia con el Capítulo I, a cargo del autor, titulado “*Geopolítica nacional y de Atlántico Sur*”, en donde profundiza en el análisis geopolítico argentino con citas de grandes analistas como Guglielmelli y advirtiéndole sobre el poco interés que nuestro país tiene por el mar. Concluye diciendo que los principales desafíos son la seguridad, defensa y desarrollo.

En el Capítulo II titulado “*Seguridad y Defensa en el Atlántico Sur*”, a cargo del Cnel. (RE) Alejandro Benavidez, en donde se desataca la mención de los hitos importantes acaecidos en este mundo multipolar y globalizado, y por otro la fragmentación motivada por problemas étnicos, raciales y religiosos. Plantea los nuevos problemas que asoman en el siglo XXI, tales como el desarrollo hidrocarburífero,

y que van a dar lugar a las nuevas disputas. Se pregunta ¿Qué roles tienen las grandes potencias como el Reino Unido y los EEUU en el Atlántico Sur? y destaca la participación de China en el nuevo escenario mundial como un actor poderoso.

El siguiente Capítulo III “*El poder militar del Reino Unido y la Fortaleza Malvinas*” a cargo del Mag. Gustavo L. Beguet. Se analiza el potencial bélico que posee Gran Bretaña con el fin de comprender su comportamiento a la toma de decisiones, citando lugares donde las fuerzas armadas británicas han instalado bases militares y apostadero navales para prevención del terrorismo transnacional, de la piratería marítima y otros delitos internacionales, algunos de los cuales se encuentran en Malvinas.

El Capítulo IV “*Incidencia del Brexit en la cuestión Malvinas*”, a cargo del Lic. Martín A. Rodríguez, se realiza un análisis del impacto económico en la pesca, petróleo, carne, turismo, que pudiera llegar a tener la cuestión de la soberanía en las Malvinas. Asimismo, el impacto que también tendría en los ingleses que habitan las Malvinas y en la Corona Británica, ante la salida del Reino Unido de la Unión Europea (BREXIT). Destaca el caso del archipiélago de Chagos, mencionando el debate de la opinión consultiva emitida en mayo 2019 por la Corte Internacional de Justicia.

Encontramos en el Capítulo V, titulado “*El Comunicado conjunto de septiembre de 2016 y sus implicancias en el contexto del gobierno del Ing. Mauricio Macri*”, a cargo del Dr. Carlos Biangardi Delgado, quien en su relato, cita publicaciones y declaraciones, ante las que ya ha protestado la Argentina y que afectarían nuestro derecho sobre las islas. Se analiza los rasgos que han caracterizado la política exterior argentina en el aspecto económico en el gobierno del expresidente Macri. Realiza una crítica constructiva de nuestra diplomacia argentina y finaliza analizando parte del Comunicado Conjunto del 13 de septiembre del 2016.

En el Capítulo VI “*Argentina y su derrotero en los foros internacionales*”, a cargo del Lic. Roberto Camardelli Carrasco, se analiza las dificultades que tiene Argentina para la inserción en el orden mundial, sobre todo como las administraciones actuales y las sucesivas, deberían trazar una política de estado para recuperar las Malvinas. Destaca en como nuestro país, procura encontrar apoyo en organismos latinoamericanos como Mercosur, Unasur, CELAC y otros, en la explotación de hidrocarburos.

En definitiva, la obra constituye un importante material de divulgación de la cuestión Malvinas, Georgia y Sándwich del Sur, gracias a los aportes brindados por los distintos autores de las más diversas ramas. La misma está elaborada con claridad conceptual, amplio contenido de datos, cifras y una buena inserción de ejemplos prácticos y recientes, lo que permite al lector actualizar y profundizar la temática.

Yamila Carolina Yunis

KOHEN, Marcelo G. - RODRIGUEZ, Facundo D. *Las Malvinas entre el Derecho y la Historia. Refutación del folleto británico "Más allá de la historia oficial. La verdadera historia de las Falklands/Malvinas"*, Editorial Universitaria de Salta (UNAS), reimpresión 2017, 301 páginas.

Primeramente hay que destacar en la obra una gran potencia pedagógica, ya que cualquiera que desee tener una aproximación a la disputa de la soberanía sobre las Islas Malvinas desde la perspectiva argentina no puede dejar de leer este libro, ya que representa una síntesis desde el descubrimiento de las islas, pasando por el encuentro conflictivo de las potencias intervinientes, la sucesión argentina de manos de España, la administración argentina y la toma por la fuerza por parte de Gran Bretaña en 1833, llegando hasta los debates tan actuales sobre el derecho de autodeterminación de los pueblos.

La obra se inicia con una *Introducción*, en donde los prestigiosos autores se avocan a la motivación que los llevo a redactar esta obra, como consecuencia de las más diversas publicaciones que era distribuida oficialmente por el gobierno británico, titulada "Historia falsa sobre las Falklands/Malvinas ante la Organización de las Naciones Unidas: Como la Argentina engaño a la ONU en 1964 y sigue haciéndolo". Es por ello, que los autores, tal como ellos lo destacan, van a intentar reescribir la historia, refutando cada uno de los nuevos argumentos británicos, tanto desde el punto de vista histórico como desde el jurídico.

El libro se despliega en seis capítulos, en donde se realiza un análisis histórico de los principales argumentos tanto de la posición argentina como de la británica. Asimismo, se destaca las imágenes que se acompañan en algunos capítulos, lo cual permite al lector poder visualizar con mayor precisión, la problemática planteada. Finalizando con el último capítulo, en donde se realiza una excelente síntesis de la posición británica en relación a su principal argumento: la autodeterminación de los pueblos. En relación a ellos, los autores explican por qué el presente caso no es un típico caso de colonialismo, ello como consecuencia de que: al no haber población autóctona, el dominio colonial vino de la mano, según las cifras que comparten los autores, con un trasplante de población, debido a que de la población argentina original, asentada en Puerto Soledad no había quedado nadie. Tan es así, que Gran Bretaña cuenta con mayores estímulos públicos que favorecer el flujo demográfico hacia el archipiélago que controla de facto, a trece mil kilómetros de distancia. Los autores además analizan los pormenores normativos que constituyen la administración local.

Las temáticas abordadas en los diversos capítulos, nos acercan brevemente al contenido de cada uno de ellos, como son: Capítulo I *Bulas papales y descubrimiento. Reconocimiento británico de la soberanía española*; Capítulo II *Primeros asentamientos en las islas. El acuerdo de 1771 y el abandono británico. El retiro español*; Capítulo III *La sucesión argentina a los derechos de España (uti possidetis)*; Capítulo IV *La administración argentina. El periodo 1810-1833*; Capítulo V *La situación posterior al despojo británico de*

1833; por último, en el Capítulo VI *La población de las islas y el derecho de los pueblos a la libre determinación*.

Finalmente, en la *Conclusión General*, los autores realizan un repaso de los principales argumentos a la luz del debate con Graham Pascoe y Peter Pepper.

Sin duda la presente obra constituye un importante aporte para quienes quieran iniciarse al estudio de la temática Malvinas, lo que sumado a la claridad con que los autores desarrollaron los momentos históricos y los puntos en disputa entre ambos países, hacen que este trabajo sea de consulta obligatoria.

Yamila Carolina Yunis

HIRSCH, Francine. *Soviet Judgment at Núremberg: A New History of the International Military Tribunal after World War II*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 536 páginas.

En noviembre de 1945, Andrei Vyshinsky, ex fiscal general en los juicios de Moscú y viceministro de Relaciones Exteriores de Vyacheslav Molotov, visitó el tribunal de Núremberg. Robert Jackson le ofreció una cena en el Grand Hotel, a la que asistieron fiscales y jueces. Cuando los invitados estaban en sus copas, Vyshinsky se puso de pie y ofreció un brindis por los acusados: “¡Que sus caminos conduzcan directamente desde el palacio de justicia hasta la tumba!” Todos bebieron sus bebidas antes de que se tradujeran sus palabras, y los jueces estadounidenses se mortificaron al descubrir que acababan de brindar por la ejecución de los acusados que el tribunal aún no había condenado. Esta es una vieja historia de Núremberg, publicada en los periódicos británicos, luego en el libro de Telford Taylor, y ahora en Francine Hirsch, lo que es bueno porque resume muy bien las divisiones dentro del campo aliado sobre la conducción adecuada del juicio de los ex líderes de Alemania.

Entre la avalancha de publicaciones sobre Núremberg, relativamente pocas se han centrado en la contribución de los soviéticos. Si bien es ir demasiado lejos decir que el papel de la Unión Soviética es «no dicho» y «en gran parte olvidado», es cierto que la investigación en décadas pasadas, con algunas excepciones innovadoras, se ha visto obstaculizada por la falta de acceso a los archivos oficiales en Moscú. El relato sustancial de Hirsch, basado en su investigación reciente allí, contribuye en gran medida a rectificar esto, presentando una descripción ricamente detallada del compromiso soviético en el proyecto de Núremberg, desde la propuesta de Molotov para un juicio de los alemanes en 1942 hasta la formulación posterior al juicio de los Principios de Núremberg en 1946. Y qué historia. Los soviéticos emergieron de la guerra europea como una gran potencia, y cuando plantearon la idea de procedimientos internacionales con los Aliados, imaginaron una eliminación cuidadosamente coreografiada de los líderes nazis en la línea de los juicios de Moscú. En Núremberg, sin embargo, se enfrentaron no solo a los abogados defensores, sino

también a sus colegas fiscales y jueces de Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos. Estos encuentros sobre una variedad de cuestiones políticas y legales exigieron flexibilidad, experiencia diplomática y conocimiento del derecho consuetudinario, todas cualidades de las que carecían los fiscales y jueces soviéticos. Incapaces de corregir su curso sin consultar a Moscú, y frecuentemente superados por sus antiguos aliados, los soviéticos pronto se encontraron a la deriva.

Sus problemas comenzaron durante la redacción de la acusación, cuando los estadounidenses y los británicos reclamaron para sí mismos los principales cargos de «plan común o conspiración» y crímenes contra la paz, dejando a los soviéticos y franceses con los derivados (y, en opinión de los soviéticos, menos importante). cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en Europa oriental y occidental, respectivamente. Luego, cuando comenzó el proceso, Jackson usó su discurso de apertura para abrirse paso a codazos en la parte del caso de los soviéticos, describiendo algunos de los ultrajes infligidos a los prisioneros de guerra soviéticos y a las comunidades judías en las repúblicas bálticas. A partir de entonces, los fiscales soviéticos, obligados a aprender el arte del contrainterrogatorio en el trabajo, se esforzaron por obtener información de los acusados y testigos de la defensa que alegaron inocencia, ignorancia o compulsión. Para sumarse a sus problemas, cada desliz los expuso a la censura de Joseph Stalin y la comisión con sede en Moscú que dirigía su trabajo. Una víctima fue el fiscal adjunto Nikolai Zorya, quien fue encontrado muerto en su cama en Núremberg una mañana; corrió el rumor de que había muerto mientras limpiaba su arma, pero los estadounidenses que investigaron discretamente el incidente notaron que los generales no suelen limpiar sus propias armas, especialmente cuando están cargadas y apuntando hacia el frente.

Cuando los soviéticos presentaron su caso sobre los crímenes alemanes en Europa del Este y las fronteras occidentales de la Unión Soviética, su evidencia atestiguó la magnitud del sufrimiento infligido: solo en la Unión Soviética, 27 millones de personas, dos tercios de ellos civiles, perdieron la vida a manos de los alemanes, con un gran número de ellos exterminados en camionetas de gas, fusilados y ahorcados en ejecuciones masivas, transportados a campos de exterminio y batallones de trabajo esclavo o dejados morir de hambre y congelarse en campos de prisioneros de guerra. Los soviéticos enviaron 10 testigos a Núremberg, incluidos los sobrevivientes de Auschwitz, Majdanek y Babi Yar.

Al final, los fiscales pidieron a cuatro que testificaran ante el tribunal: el director del Hermitage, Joseph Orbeli (sobre los intentos alemanes de aniquilar la cultura); el médico del Ejército Rojo, Evgeny Kivelisha (sobre su maltrato a los prisioneros de guerra); el granjero Iakov Grigoriev (sobre las atrocidades cometidas contra los civiles en su aldea) y el poeta Abraham Sutzkever (sobre el Holocausto). Sutzkever, el primer testigo judío en ser llamado al estrado, había escapado, con su esposa Freydke, del gueto de Vilna a través de los desagües antes de unirse a un grupo guerrillero en el norte de Bielorrusia. Relató cómo en 1941 los «cazadores de hombres» alemanes en Vilna orquestaron un pogrom que había dejado las calles

cubiertas de «lluvia roja» y sacaron a los hombres de sus casas, para nunca más ser vistos. Luego, agregó, encarcelaron a los sobrevivientes en el gueto y asesinaron a decenas de miles más, reduciendo la comunidad judía de 80.000 miembros de la ciudad a 600 personas.

Sin embargo, dos problemas relacionados con los soviéticos se dieron durante todo el proceso. El primero se refería a la masacre de 22.000 oficiales e intelectuales polacos en el bosque de Katyn y otros lugares en la primavera de 1940 por parte de la NKVD de Lavrenty Beria (la fuerza de seguridad de la Unión Soviética), con evidencia sobre ellos, pero echando la culpa a los alemanes que ocuparon la misma área desde mediados de 1941 en adelante. El fiscal jefe soviético, Roman Rudenko, insistió en agregar la masacre de Katyn a la acusación de Núremberg a pesar de las fuertes reservas de los estadounidenses y británicos, quienes sospechaban que la Unión Soviética tenía más de qué responder de lo que dejaba ver. Surgieron problemas cuando Lev Smirnov trató de interrogar a los testigos de la defensa. Uno de ellos, Eugen Oberhauser, jefe de señales del regimiento alemán que ocupaba el bosque, señaló que, si Berlín hubiera ordenado la matanza de 11.000 polacos en los alrededores, él lo habría sabido, y habrían evitado ubicar el cuartel general de su regimiento avanzado en medio de las fosas funerarias. Otro testigo, Friedrich Ahrens, declaró que después de su llegada a fines de 1941, él y sus soldados se encontraron con montículos que contenían huesos humanos, que luego fueron exhumados. Cuando Smirnov, tratando de atrapar a Ahrens, preguntó qué tan profundas eran las tumbas abiertas, Ahrens no lo sabía; el hedor era nauseabundo, dijo, y siempre había pasado a toda velocidad en su auto tratando de escapar de él.

El segundo problema se refería a los protocolos secretos anexos al Pacto de No Agresión germano-soviético de 1939, en el que las partes acordaron dividir Europa oriental entre ellas. En el juicio, esto obviamente creó dificultades para los soviéticos y para la credibilidad del tribunal en su conjunto, dado que un signatario, Joachim von Ribbentrop, estaba siendo juzgado por conspirar para embarcarse en una guerra de agresión, y el otro, Vyacheslav Molotov, estaba en plena libertad como ministro de Relaciones Exteriores soviético. Hirsch registra los asiduos esfuerzos del abogado de Rudolf Hess, Alfred Seidl, para ingresar el texto de los protocolos en el registro de la Corte, para evidente incomodidad de los fiscales soviéticos. Cuando surgió el problema en la corte, Rudenko le hizo el juego directamente a Seidl al decir que no tenía conocimiento de los protocolos, lo que llevó a Seidl a sugerir llamar como testigo a alguien que sí sabía: «Comisario de Relaciones Exteriores Molotov». Estos intercambios tuvieron lugar cuando la Guerra Fría se estaba afianzando, separando a los equipos de la acusación, y Seidl se benefició de los intentos estadounidenses de desacreditar a la Unión Soviética. Poco después, le dijo a la Corte que un miembro del Ejército de los EE. UU., cuyo nombre no quiso proporcionar, le había entregado copias de los documentos originales. Mientras tanto, fuera de la Corte, las copias también llegaron a manos del corresponsal en Núremberg del St. Louis Post-Dispatch, quien no solo los publicó, sino que también nombró la fuente de ellos: un

miembro destacado del equipo de la fiscalía estadounidense. Los protocolos ya no eran secretos, incriminando a la Unión Soviética junto con Alemania en una conspiración para cometer crímenes contra la paz.

El libro de Hirsch es principalmente un relato histórico del juicio, no un análisis de la ley que lo moldea. Después de discutir algunos de los temas que surgieron en la conferencia de Londres, los hitos legales como el Acuerdo de Londres y la Carta de Núremberg anexa solo aparecen brevemente en la historia (y ninguno en el índice).

El objetivo de Hirsch, como historiadora, ha sido reconstruir el papel soviético a través de los muchos informes confidenciales que llegaron a Moscú de fiscales y jueces, las sombras de la NKVD y miembros del cuerpo de prensa soviético, casi todos los cuales vieron los procedimientos como una serie de eventos políticos, aunque expresados en lenguaje legal. Este flujo de informes fue aparentemente imparable: cuando los jueces se encerraron en el Palacio de Núremberg para redactar la sentencia, Iona Nikitchenko logró evadir las precauciones tomadas para preservar el secreto de sus deliberaciones y envió borradores a Moscú antes de que se dictara la sentencia. Como siempre, las instrucciones llegaron en sentido contrario: Nikitchenko debía seguir tratando de persuadir a sus colegas -que se inclinaban a absolver a algunos de los acusados- de sentenciarlos a todos a la horca.

El libro maneja los desarrollos políticos con solvencia, pero las cuestiones legales no tanto. Uno de los temas abordados por Hirsch es el papel crucial que jugó el jurista soviético Aron Trainin, quien propuso juzgar a los líderes alemanes por embarcarse en una guerra de agresión. Su trabajo se resume hábilmente, pero hay pocos intentos de explicar por qué sus ideas tomaron la forma que tomaron y por qué fueron adoptadas con tanta presteza por las personas que contaban con poder judicial. Señala, por ejemplo, que cuando publicó su influyente libro *Ugolovnaia otvetstvennost' gitlerootsev* en 1944 (que pronto se tradujo como *Hitlerite Responsibility under Criminal Law*), argumentó que la responsabilidad material y política de librar guerras de agresión recaía en el Estado, pero que la responsabilidad penal recaía en los individuos investidos de autoridad, a saber, Hitler, sus ministros y generales. La razón por la que Trainin estaba tan interesado en las posibilidades del cargo que denominó "crímenes contra la paz" fue porque reconoció que poseía una característica única que lo diferenciaba de otros crímenes internacionales: era un crimen de liderazgo.

A diferencia de, digamos, los crímenes de guerra, que suelen ser cometidos por oficiales y soldados de menor rango, los crímenes contra la paz son necesariamente cometidos por líderes nacionales porque ellos, y solo ellos, pueden poner en marcha la maquinaria de la guerra. Esta es la razón por la que los Aliados fueron atraídos a la deslumbrante promesa del cargo de agresión a pesar de su evidente retroactividad: les ofrecía el dispositivo procesal para apuntar a las personas que más querían ver en el Tribunal: aquellos en lo más alto de la jerarquía nazi.

Sin embargo, esto era solo una parte de la estrategia legal propuesta por Trainin. Como señala Hirsch, deseaba apuntar no solo a los líderes políticos y militares del régimen, sino también a los financieros e industriales que habían proporcionado el dinero y las armas para sostener el esfuerzo bélico alemán. Para vincular estas cifras económicas con las demás, propuso usar la misma doctrina de complicidad de gran capacidad que había elaborado para usar en el juicio de Moscú de 1938, argumentando que, si un banquero alemán o un capitán de la industria tenían o no contactos personales con Hitler y su círculo, todos estaban unidos por su objetivo compartido de hacer avanzar la empresa criminal, es decir, la conquista y explotación de otras naciones. Pero lo que no se explica es por qué esta doctrina, utilizada por primera vez para destripar a la vieja guardia bolchevique, despertó tanto el interés de los aliados.

Las potencias tenían sus propias razones para querer poner a prueba las cifras económicas: Francia, como la Unión Soviética, había sido saqueada, y sus ciudadanos trabajaban hasta la muerte como esclavos, mientras que los estadounidenses, siempre pragmáticos, deseaban romper el poder de los cárteles alemanes. La gran contribución de Trainin fue, primero, proponer un nuevo modo internacionalizado de responsabilidad capaz de atraer a diversos actores a la red procesal y, segundo, fusionarlo con el novedoso cargo de agresión internacional, sentando así las bases preparatorias para la acusación de un grupo de líderes nacionales en Núremberg. Estas ideas vinculadas aparecieron debidamente en la Carta de Núremberg como cargos uno y dos que tratan de «plan común o conspiración» y delitos contra la paz. Al elaborar esta estrategia, Trainin no estaba operando en el vacío. Hirsch no profundiza en las influencias de su trabajo, con la excepción de una figura, pero hubo muchas ideas e iniciativas soviéticas anteriores para que él las escogiera, desde la teoría del imperialismo de Vladimir Lenin (centrándose en los impulsores capitalistas de la guerra), hasta desde la definición de agresión de Maxim Litvinov (que ofrece un criterio para el uso ilegal de la fuerza), hasta el llamado de Molotov para un juicio internacional en 1942 (especialmente de Hess, a quien los soviéticos deseaban arrebatar de las garras de los británicos). Trainin también puede haber recogido pajas en el viento del extranjero, donde, a partir de 1942, Hersch Lauterpacht, Marcel de Baer y Bohuslav Ečer también estaban discutiendo la idea de juzgar a los alemanes por agresión.

Sin embargo, como Hirsch muestra con abundante detalle, cuando buscaba orientación, Trainin miraba sobre todo a su poderoso patrón, Andrei Vyshinsky, la eminencia gris de los soviéticos en Núremberg. Además de hacer sus propias contribuciones mordaces a la acusación y juicio de Núremberg a través de Rudenko y Nikitchenko, Vyshinsky tomó Trainin bajo su ala, inspiró su interés por la complicidad y la agresión, puso en práctica sus ideas en los juicios de Moscú, editó y presentó sus libros y lo utilizó como emisario en Londres y Núremberg. La suya fue una relación muy fructífera y, con base en la convincente evidencia presentada,

seguramente uno debe ir un paso más allá que Hirsch y concluir que si Trainin fue progenitor de Núremberg, también lo fue Vyshinsky.

Otro tema importante en el libro es la afirmación de Hirsch de que el Tribunal de Núremberg ejerció una influencia significativa sobre el desarrollo del régimen internacional de derechos humanos que surgió en las décadas posteriores a la guerra. Sin embargo, su presentación de la relación entre estas dos iniciativas internacionales no es convincente, sobre todo porque presenta dos argumentos contradictorios. Por un lado, presenta al Tribunal como un vehículo para los derechos humanos, afirmando que «Núremberg vio la cristalización de ideales nobles sobre la justicia y los derechos humanos» y que los involucrados en los procedimientos «sentaron una base para el desarrollo de nuevas leyes internacionales y instituciones dedicadas a la protección de los derechos humanos en tiempo de guerra y en tiempo de paz». Por otro lado, advierte contra la creación de mitos que emanan de los EE. UU. que «celebraron a Núremberg como el lugar de nacimiento de los derechos humanos de la posguerra» y lo describió como “el comienzo de una nueva era de derechos humanos internacionales”. Estos mensajes están en desacuerdo entre sí: ¿Núremberg sentó las bases para los derechos humanos o no? y sugieren una falta de claridad sobre la relación entre estas dos empresas.

Cuando los Aliados en las conferencias de San Francisco y Londres de mediados de 1945 pusieron en marcha la comisión de derechos humanos de la ONU y el tribunal de Núremberg, imaginaron que estos organismos desempeñarían papeles distintos, pero complementarios, uno de ellos diseñado para derrocar a los dioses de la guerra y el otro para edificar la casa de la paz. Hirsch supone que ejercieron una fuerte atracción gravitacional entre sí, pero hay mucha menos evidencia de esto de lo que cabría esperar. Visto desde el lado de Núremberg, los «derechos humanos» se mencionaron con poca frecuencia durante el proceso. Una razón obvia de esto fue que la acusación y los abogados defensores estaban operando dentro de los términos establecidos por la Carta, por lo que las discusiones sobre asesinato, esclavitud, malos tratos, persecución y otros crímenes se enmarcaron como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

y no como abusos a los derechos humanos. Hirsch, sin embargo, da un puñado de casos en los que se mencionaron explícitamente los derechos. El abogado de la acusación francés Auguste Champetier de Ribes, por ejemplo, se refirió a los “derechos inalienables” que aparecían en las constituciones de “todas las naciones civilizadas”, y el abogado defensor alemán Rudolf Merkel afirmó que un hallazgo de culpabilidad colectiva contra miembros de la Gestapo sacudiría la fe del mundo en los “derechos humanos fundamentales”. Pero estos dos ejemplos, y los pocos otros a los que se alude, no son suficientes para sustentar la afirmación de Hirsch de que “los Juicios de Núremberg se habían convertido en un laboratorio para la articulación y el desarrollo de un nuevo lenguaje sobre los derechos humanos”.

En todo caso, Núremberg fue más notable por su silencio sobre los derechos que por su articulación, y deliberadamente: desde el principio, los Aliados evitaron conscientemente sentar un precedente para las usurpaciones de la soberanía en nombre de los derechos; ese era el juego de Hitler, dijeron, recordando a los alemanes de los Sudetes en Checoslovaquia. De hecho, como señala Hirsch en otra parte del libro, esta preocupación por la soberanía había surgido en la conferencia de Londres. Allí, Jackson había subrayado que las acciones de un gobierno contra sus propios ciudadanos normalmente no justificarían la interferencia externa, y que el único motivo para juzgar a los alemanes por dirigir campos de concentración dentro de sus propias fronteras fue que esta actividad fomentó la conspiración para emprender guerras agresivas: «No vemos ninguna otra base sobre la cual estemos justificados para llegar a las atrocidades que fueron cometidas dentro de Alemania... por las autoridades estatales alemanas’. Este enfoque era difícilmente una base sobre la cual construir un régimen internacional dedicado a los derechos humanos.

Desde la perspectiva diferente de la Comisión de derechos humanos de la ONU, está claro que sus delegados, aunque marcados por la guerra y consternados por las iniquidades del régimen nazi, evitaron cualquier discusión sobre la responsabilidad internacional al estilo de Núremberg por los abusos contra los derechos humanos. De hecho, las principales potencias desalentaron activamente iniciativas en este sentido: una propuesta australiana para un tribunal internacional de derechos humanos, por ejemplo, pronto fue rechazada. (Los derechos de numerosas personas, como las múltiples víctimas de crímenes de lesa humanidad o los grupos sometidos al genocidio, fueron discutido en otro ámbito. En cambio, la Comisión adoptó un enfoque soberanista de los derechos de los individuos, viéndolos como ejercidos y protegidos dentro de los límites del Estado. Entonces, cuando personas de todo el mundo comenzaron a solicitar la comisión por los abusos que les infligían sus propios gobiernos, los delegados decidieron que no tenían poder para actuar y, además, que debían dejar de leer peticiones. En su opinión, estas misivas eran asunto de los Estados interesados, no de la Comisión, un enfoque totalmente consistente con el adoptado por Jackson en la conferencia de Londres. La influencia calculable de Núremberg en el régimen de derechos humanos, por lo tanto, tuvo menos que ver con los “ideales elevados” y más con la deferencia a la soberanía.

Dicho esto, el libro de Hirsch tiene grandes fortalezas, especialmente su dominio y presentación del archivo y otros materiales. Ella cuenta cómo, antes del juicio, Roman Rudenko desapareció de Berlín y luego sufrió un ataque falso de “malaria” en Moscú mientras luchaba por llevar a cabo las instrucciones de sus superiores sobre la redacción de la acusación; cómo los miembros del cuerpo de prensa soviética soportaron la doble indignidad de la insípida comida estadounidense y espacios reducidos en el campamento de prensa en Faber Castle (cuatro por habitación y un horno averiado); cómo la intérprete Tatiana Stupnikova luchó por mantener la compostura cuando se enteró de los protocolos germano-soviéticos mientras traducía el testimonio de Ribbentrop al ruso; y cómo la angustia del granjero Iakov Grigoriev

por el asesinato de su esposa e hijo fue transmitida tanto por su testimonio como por sus manos apretadas mientras lo daba. Detalles como estos dan vida al Tribunal. La amplia investigación de Hirsch y el relato ejemplar de los procedimientos garantizarán que su libro ocupe un lugar destacado en la literatura sobre el juicio.

Entonces, ¿qué más se puede decir sobre Núremberg? Los archivos oficiales de Washington, Londres y París, así como los de Moscú, aún no han develado todos sus secretos: queda mucho más por escribir, por ejemplo, sobre las negociaciones en la conferencia de Londres, sobre la guerra de inteligencia entre los Aliados en Núremberg, tentadoramente insinuada en algunos documentos ya disponibles. Mientras tanto, cada nueva generación de investigadores reevaluará el Tribunal a la luz de su propio tiempo, a medida que el interés por la justicia penal internacional va y viene. Por lo tanto, uno puede tener la tentación de preguntar: ¿cuál es el legado duradero de Núremberg? A lo que seguramente la respuesta debe ser (para citar el famoso aforismo sobre la revolución francesa): «es demasiado pronto para saberlo».

Kirsten Sellars¹

MENEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra - España, 2021, 213 páginas.

La obra presenta un estudio sobre un tema relevante: la discriminación por asociación. Es reflejo de parte de los resultados del Proyecto de investigación RTI2018-097917-B100, “Retos del derecho del trabajo ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales” (concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional-FEDER), el que profundiza sobre la figura jurídica de *discriminación por asociación* desde la jurisprudencia específica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (“Coleman”, 2008; “Chez”, 2015; “Hakelbracht”, 2019) que extienden las sanciones normativas en protección a determinados grupos de personas (personas en situación de discapacidad, sexo, origen étnico) a quienes no forman parte directa del grupo o a cualquier otra característica protegida que concurra en la misma persona. La autora propone su análisis desde la creación de la figura por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española, recorriendo aspectos sustantivos y procesales. Consta de un prólogo, cuatro capítulos, un título a modo de apunte final y bibliografía.

El primer capítulo, *La aparición del derecho a la no discriminación por asociación: de la ausencia de regulación normativa al papel del Tribunal de Justicia*, interpela al lector sobre la propia construcción conceptual de la figura, sobre su existencia como categoría

(1) Gujarat National Law University, India. La recensión ha sido publicada en inglés en el *European Journal of International Law* (2021), Vol. 32 No. 1, pp. 351-385.

de protección de derechos. Se destaca en este capítulo el aporte decisivo de la jurisprudencia sobre la construcción del concepto en -según la autora- la “tutela integral antidiscriminatoria a través de la doble vía: ofreciendo nuevas interpretaciones de las causas discriminatorias ya existentes, o bien ensanchando la protección frente a las prácticas discriminatorias”. Continúa analizando la recepción del principio de no discriminación en la regulación internacional, su recepción comunitaria como principio fundamental y la (no) regulación de la discriminación por asociación en el derecho español.

El segundo capítulo, *El Tribunal de Justicia como motor de la tutela frente a la discriminación por asociación*, brinda un análisis pormenorizado de los antecedentes jurisprudenciales más importantes del Tribunal de Justicia en el tema. Así en el primer título fundamenta la necesidad de reconocer nuevas formas discriminatorias, para dar lugar en el título II al análisis de la sentencia “Coleman” (la discriminación por discapacidad de la persona no discapacitada), en el título III al análisis de la sentencia “Chez” (como fundamento del camino hacia la discriminación por razón de etnia) y en el título IV, a la sentencia “Hakelbracht y otros” (la discriminación por asociación de quienes actúan como testigos), cerrando el capítulo con su visión sobre el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como apoyo al Tribunal de Justicia en el reconocimiento de la discriminación por asociación (título V).

El tercer capítulo, *La recepción de la jurisprudencia y por la doctrina judicial española de la discriminación por asociación*, desarrollado en ocho títulos que recorren el análisis en la jurisprudencia y doctrina española. Se describen los elementos necesarios para la configuración de la figura: conexión entre las partes con especial atención al parentesco y la causa alegada con un análisis que supera la discapacidad para ampliarse a otros motivos causales. También analiza la doctrina “Coleman” en la jurisprudencia española y la estimación de los tribunales españoles de otras causas que han conducido a nuevos supuestos de discriminación por asociación, destacando el reconocimiento del concepto por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a partir del 2020. Adquiere importancia lo analizado en el capítulo ya que, como advierte la autora, el ordenamiento jurídico interno español carece -casi por completo- de referencia a la discriminación por asociación y a sus especialidades, sean sustantivas o procesales.

El cuarto capítulo, *Los retos procesales de la tutela de la discriminación por asociación a la luz de la ley reguladora de la jurisdicción social*, está dividido en tres títulos. Recorre la problemática desde una perspectiva procesal tratando temas como legitimación activa y pasiva, carga de la prueba, presunción *iuris tantum* y efectividad de la prueba del demandado, finalizando con la posibilidad y extensión de la sentencia indemnizatoria por lesión de derechos fundamentales.

A modo de apunte final, Mainero Vázquez reflexiona sobre la importancia del giro jurisprudencial iniciado por el Tribunal de Justicia que ha dado un “vuelco a la

tradicional interpretación del derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación". Este giro resuena en la doctrina jurisprudencial española que incorpora la categoría de "discriminación por asociación", tutelándose determinadas conductas que generaban "situaciones discriminatorias de igual o mayor gravedad que las tradicionalmente atendidas hasta el momento".

Esta obra del derecho español, es un aporte significativo al estudio de la figura de *discriminación por asociación*. La autora, con gran claridad expositiva, aborda el tema desde la jurisprudencia destacando su incidencia en la doctrina judicial española y los retos procesales que se presentan. Sus razonamientos y conclusiones se transforman en posibles y enriquecedoras preguntas para investigar como una importante contribución del derecho comparado.

Carla Saad

NAVEJA MACÍAS, José de Jesús (Coordinador). *Homenaje al Dr. Néstor Cafferratta del 1 de febrero al 6 de marzo del año 2022, Academia Mexicana de Derecho Juan Velásquez A.C., México, 2022.*, página de Facebook de la Academia y en su canal de Youtube (@AcademiaMexicanadeDerecho).

El colosal homenaje se ha desarrollado durante todo el mes de febrero, incluyendo sábados y domingos y cinco días del mes de marzo, habiendo participado como conferencistas treinta y tres especialistas del más alto reconocimiento americano y europeo. Toda América del Sur -sin excepción- ha estado representada. De Centro América y Caribe se destacan expositores de Nicaragua, Guatemala, Costa Rica, República Dominicana, Cuba. Europa ha estado presente con varias personalidades de altísimo renombre de España e Italia.

Dada la cantidad de expositores y su relevancia, ante la imposibilidad de comentar la contribución de todos -para no privilegiar a unos sobre otros- nos limitamos a numerar las conferencias, la fecha en que se llevaron a cabo, sus expositores y las temáticas abordadas.

1. 1 de febrero del 2022, a las 16:00 Horas: Ceremonia de inauguración del "Congreso Internacional de Derecho Ambiental en Homenaje al Dr. Néstor Cafferratta; Conferencia Inaugural a cargo de Ricardo Lorenzetti (Argentina), Ex Presidente de la Corte Suprema de Argentina y actualmente Juez de dicha Corte, con la Conferencia "El Colapso Ambiental".

2. 2 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Néstor Cafferratta (Argentina), Secretario de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, con el Tema: "Principios de Derecho Ambiental".

3. 3 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Enrique Carlos Müller (Argentina), Ex Ministro de la Cámara de Apelación de lo Civil y Comercial de Santa Fe, Argentina, con el Tema: "El Sistema de la Res-

ponsabilidad Civil por Daño Ambiental. La Función Resarcitoria. Reconstrucción y Cuantificación”.

4. 4 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Claudia de Windt (República Dominicana), Directora Ejecutiva del Instituto Interamericano de Justicia y Sustentabilidad (IIJS), con el Tema: “Justicia Ambiental y Climática”.

5. 5 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Biodata María Amparo Albán (Ecuador), Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y Especialista por las Universidades de Harvard y Columbia, en los Estados Unidos de América, con el Tema: “Como el Ambiente cambió al Derecho: Los Retos del Sistema Jurídico”.

6. 6 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Gonzalo Sozzo (Argentina), Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, en Argentina y Director e Investigador del Proyecto CAID-D-UNL, con el Tema: “El aporte de América Latina al Constitucionalismo Ambiental Global”.

7. 7 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Paola Doris Cortés Martínez (Bolivia), Asesora de la Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional y Directora Ejecutiva del Centro Boliviano de Derecho Ambiental y Cambio Climático, con el Tema: “Elementos Favorables y Coyunturales para la Litigación Climática en América Latina”.

8. 8 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Antonio Herman Benjamin (Brasil), Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, con el Tema: “Función Ecológica de la Propiedad”.

9. 9 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Samuel Arias Arzeno (República Dominicana), Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana, con el Tema: “Particularidades del Derecho Procesal Ambiental”.

10. 10 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Mario Peña Chacón (Costa Rica), Consultor Externo de Organismos Internacionales: Unidad Mundial para la Conservación de la Naturaleza, Comisión Centro Americana de Integración Económica, Banco Interamericano de Desarrollo, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, entre otros, con el Tema: “Progresividad y no Regresión Ambiental”.

11. 11 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Stefano Porcelli (Italia), Miembro del Equipo de Expertos del China Arbitration Institute para Asesorar al Ministerio de Justicia de la República Popular de China sobre la “Ley de Arbitraje de la República Popular China” Barrister qualification in Italy Since 2009, con el Tema: “Salva Rerum Substantia. Desde su fundación en

el Derecho Romano hasta el Principio Verde en el Código Civil de la República Popular China”.

12. 12 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de José Ignacio Vásquez Márquez (Chile), Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, con el Tema: “Estado Constitucional de Derecho y Medio Ambiente en Chile”.

13. 13 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Damaris María Vargas Vásquez (Costa Rica), Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, con el Tema: “Retos y Desafíos de los Gobiernos Judiciales Modernos en temas Ambientales”.

14. 14 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Hugo Echeverría (Ecuador), Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental, con el Tema: “Los Derechos de la Naturaleza: Avances en la última década”.

15.- 15 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Jorge Atilio Franza (Argentina), Especialista en Derecho de los Recursos Naturales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, con el Tema: “El Estado de Derecho Ambiental como nuevo Paradigma del Derecho Ambiental”.

16. 16 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Marcelo J. Cousillas (Uruguay), Co-Presidente del Comité de Dirección del Programa para el Desarrollo y la Revisión Periódica del Derecho Ambiental, conocido como Programa de Montevideo V. y Asesor Jurídico de la Dirección Nacional de Medio Ambiente de Uruguay desde su creación y actualmente Gerente del Área Jurídica del Ministerio de Ambiente, con el Tema: “La Democracia Ambiental y los Derechos de Acceso en asuntos Ambientales”.

17. 17 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Sheila Abed (Paraguay), Ex Ministra de Justicia de la República de Paraguay y Presidente de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión para la Conservación de la Naturaleza, con el Tema: “El Derecho y su Función en el Comportamiento Social”.

18. 18 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Vladimir Passos Freitas (Brasil), Ex Fiscal del Estado de Sao Paulo, Brasil, con el Tema: “Desafíos del Derecho Ambiental Brasileño en 2022”.

19. 19 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Daimar Cánovas González (Cuba), Vice-presidente del Comité Cubano del Programa UNESCO, “El Hombre y la Biósfera”, con el Tema: “Derecho Ambiental Cubano: Actualidad y Perspectivas de Desarrollo”.

20. 20 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Román J. Duque Corredor (Venezuela), Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela, Ex Consultor Jurídico del Instituto Agrario

Nacional, Ex Consultor Jurídico de la Presidencia de la República de Venezuela, y Ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con el Tema: "Justicia Ambiental. Sistema Procesal. Poder Cautelar- Ambiental".

21. 21 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Antonio Embid Irujo (España), Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, España, con el Tema: "Legislar sobre el Cambio Climático".

22. 22 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Michael Peter Hancke Dumas (Chile), Ministro Titular Abogado del Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia, Chile), Primer Presidente del mismo, con el Tema: "Derecho Humano al Agua... para el Riego: Propuesta para una Agricultura de Supervivencia".

23. 23 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Francisco Távara (Perú), Ex Presidente de la Corte Suprema del Perú, con el Tema: "Hacia la creación de un Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe".

24. 24 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Enrique Osvaldo Peretti (Argentina), Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz, República Argentina y Miembro del Consejo Superior del Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia, con el Tema: "La Decisión Judicial en Materia Ambiental. Perspectivas y Desafíos".

25. 25 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Lylian Toledo Arce de Girona (Guatemala), Ex Secretaria del Sistema Guatemalteco de Ciencias del Cambio Climático SGCCC, CON EL Tema: "Derechos Humanos, la Protección del Ambiente, y el Cambio Climático".

26. 26 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Armando Tolosa Villabona (Colombia), Ex Magistrado de la Corte Suprema de Colombia, con el Tema: "Como Construir Sentencias para los Jueces en América Latina, sobre Impactos Ambientales".

27. 27 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Aida Kemelmajer de Carlucci (Argentina), Integrante de la Comisión de Estudios para la Unificación de las Normas Procesales de UNIDROIT; y del Comité Nacional de Ética y participante de las Comisiones de Reforma al Código Civil Argentino, en los años 1992, 1998 y 2011, con el Tema: "El Principio Precautorio".

28. 28 de febrero del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Jesús Jordano Fraga (España), Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, España, con el Tema: "Plásticos y Micro Plásticos".

29.- 1 de marzo del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Marco Antonio Velilla Moreno (Colombia), Ex Magistrado del Consejo de Estado de Colombia, con el Tema: "Valoración Fiscal del Daño Ambiental".

30. 2 de marzo del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Pablo Joaquín Tinajero Delgado (Ecuador), Juez de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, con el Tema: “Los Retos del Derecho Administrativo frente a los desafíos del Derecho Ambiental”.

31. 3 de marzo del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Samuel Ibarra Vargas (México), Asesor de la Presidencia de la Academia Mexicana de Derecho J.V. en temas Ambientales, Investigador Honorario de la Escuela Libre de Derecho en Derecho Ambiental y Gerente de Asuntos Públicos y Regulatorios del Comité de Asuntos Regulatorios y el Grupo de Asuntos Jurídicos, con el Tema: “Protección Penal del Ambiente”.

32. 4 de marzo del año 2022, a las 16:00 Horas: Conferencia Magistral a cargo de Andrea Brusco (Argentina), con el Tema: “Los 50 años Estocolmo y su Legado al Derecho Ambiental Internacional”.

33. 6 de marzo de 2022, a las 16 horas: Conferencia de clausura Antonio Herman Benjamin (Brasil) con el tema “Estado de Derecho Ambiental”.

El cronograma con sus expositores se ha mantenido rigurosamente, con una sola excepción: el agregado de la exposición del Dr. Pablo Lorenzetti sobre “Daños Ambientales derivados de patrones insostenibles de consumo y producción”.

Este monumental homenaje ha congregado lo más granado del Derecho ambiental en lo que hace a las personalidades que han honrado a Néstor Cafferatta. Además -y en especial- ha tendido la virtud de compactar -en una cadena ininterrumpida de presentaciones por más de un mes- las temáticas más novedosas del Derecho ambiental con sus complejidades y enlaces tratados desde sus más profundas perspectivas. Debemos felicitar a Dr. Cafferatta por haberse hecho acreedor de un regalo de tamaño esfuerzo y mérito, a la Academia Mexicana de Derecho Juan Velásquez, al Organizador y “conductor incansable” José de Jesús Naveja Macías (Presidente de la Academia) por la magna tarea de coordinación, y a los conferencistas que han ofrecido lo más rico y actualizado de sus conocimientos en esta presentación colectiva, que seguramente se transformará en guía y ámbito de consulta obligado y perdurable.

Zlata Drnas de Clément

PASZUCKI, Samuel (Compilador). *Casos y Cosas de la Mediación en Pandemia*, Editorial Brujas, Córdoba, 2021, 148 páginas.

El año 2020 implicó un cimbronazo para la población mundial, no solo en el ámbito netamente sanitario, si no también económico, social, político y hasta laboral, por solo mencionar algunos. La pandemia conllevó, en muchos casos, la necesidad de readaptación de las profesiones liberales, con el objetivo de subsistir en dicho contexto epidemiológico. Tal fue el caso de mediadores y mediadoras, quienes se

vieron forjados a amoldar su práctica profesional al uso de las nuevas tecnologías de la información, toda vez que el procedimiento de mediación mutó de ser exclusivamente presencial -y en caso de extrema excepción, virtual- a una modalidad puramente “electrónica o en línea”.

Casos y Cosas de la Mediación en Pandemia es una recopilación de artículos que fueron publicados en la columna semanal de Mediación del diario “Comercio y Justicia”, en el año 2020, bajo la coordinación del compilador de esta obra, Samuel Paszucki.

Detrás de un prólogo redactado por una reconocida autora, mediadora y formadora, Marineés Suarez, los diferentes artículos se encuentran agrupados según la temática de cada uno de ellos, los cuales, a pesar de la reflexión individual de sus autores/as, comparten el escenario común, de experiencias de mediación que se suscitan bajo la modalidad virtual, en un contexto de aislamiento y distanciamiento social obligatorio.

Entre las temáticas tratadas encontramos quienes, desde una mirada macro, pregonan el diálogo y la comunicación como conductores hacia la paz social en tiempos de crisis. Así se proponen escenarios cooperativos de trabajo para el contexto imperante de ese entonces, y se cuestiona el rol de las redes sociales en tanto protagonistas de dicho escenario epidemiológico global y local.

Mientras que, desde otro lugar, algunos/as autores/as vuelven la mirada sobre la propia práctica del método y las implicancias que acarrea la regulación normativa de la mediación electrónica, tanto en los mediadores/as como en los mediados/as, así como los desafíos y -nuevas- responsabilidades que conlleva adquirir habilidades para el uso de plataformas digitales, y adaptar las técnicas y herramientas comunicacionales a estas novedosas plataformas y sus dificultades de la brecha tecnológica. Pero también están, quienes analizan la complejidad -en términos morineanos- de aquellas temáticas contemporáneas que nos interpelan en el ejercicio del rol, problematizando el deber ético y jurídico de contar con perspectiva de género en dichos espacios.

En el tercer capítulo, encontramos las experiencias de quienes supieron facilitar el diálogo en procesos de mediación familiar, mientras que en los siguientes se avizora la mediación como garantía de acceso a la justicia, y en lo particular como método RAD.

Finalizando la publicación nos encontramos con propuestas interesantes, como la de aplicar la mediación en los procesos concursales, y la utilización de herramientas de otras disciplinas tales como la matriz FODA aplicadas al análisis de la actual ley de mediación 10543.

En un intento por abarcar las problemáticas más usuales de mediadores y mediadoras a lo largo del año 2020, esta obra de fácil y rápida lectura nos invita a adentrarnos en las reflexiones de todos/as aquellos/as autores que desde el confi-

namiento de sus hogares supieron navegar en la incertidumbre de su profesión, y tejer redes colaborativas con las experiencias individuales de cada uno/a.

Luján D'Adam

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de junio de 2022

