

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

Vol. XIV • Nº 2 • NUEVA SERIE II (2023)

ISSN 1850-9371



* Edición Digital

Incorporada a

*LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadadas) (Nivel I)

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

*LatinREV (FLACSO Argentina)

*Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

*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

Jhon BORETTO

VICERRECTOR

Mariela MARCHISIO

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Guillermo BARRERA BUTELER

VICEDECANO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

SECRETARIA ACADÉMICA

Giselle JAVUREK

SECRETARIO DE CIENCIA Y TÉCNICA

Carlos ECHEGARAY DE MAUSSION

SECRETARIO LEGAL Y TÉCNICO

Lorenzo Daniel BARONE

SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Diego Agustín AGUDO SOLÍS

SECRETARIO DE POSTGRADO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y RR II

Jorge E. BARBARÁ

SECRETARIO DE GRADUADOS

Maximiliano RAIJMAN

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTORA

María Alejandra STICCA

VICEDIRECTORA

María Cristina DI PIETRO

COORDINADORA ACADÉMICA

María Isabel URQUIZA

COORDINADOR DE EXTENSIÓN

Christian G. SOMMER

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
BERROTARAN, Alejandro

SUPLENTES

SARFIELD, Eduardo
TRONCOSO, Lucia

NO DOCENTES

TITULAR

DIAZ CAAMAÑO, Mirta Gabriela

SUPLENTE

PERANOVICH, Damián

ESTUDIANTES

TITULARES

ESCANES CORAL, Christelle M.
PEREYRA, Lucas Gabriel
VAZQUEZ CAMPAZZO, Carolina
DELL'ACQUA CASTRO, Mariana
SANGOY, Ayrton Uriel
FERREYRA, Juan Pablo

SUPLENTES

KEEGAN, Constance
OYOLA RIOS, Florencia
AUN MANCINI, Matias
GENNA, Giuliana Ailén
TAPIA, Rodrigo M.
TOLEDO, Francisco

ÍNDICE

Reglamento de la Revista - Normas editoriales IX

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

CONSTITUCIÓN, BIEN COMÚN GENERAL Y UNIVERSITARIO

CONSTITUTION, GENERAL AND UNIVERSITY COMMON PROPERTY

Jorge Horacio Gentile.....1

LA GUERRA EN UCRANIA Y LA VIGENCIA DE LA DEFINICIÓN DE LA AGRESIÓN

THE WAR IN UKRAINE AND THE LEGAL VALIDITY OF THE DEFINITION OF AGGRESSION

Luciano Pezzano15

EL PROBLEMA DE LA OBLIGACIÓN POLÍTICA EN SITUACIONES DE INJUSTICIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES: UNA RESPUESTA DESDE UNA TEORÍA DE MÚLTIPLES PRINCIPIOS

THE PROBLEM OF POLITICAL OBLIGATION IN SITUATIONS OF ECONOMIC AND SOCIAL INJUSTICES: A RESPONSE FROM A MULTIPLE PRINCIPLE THEORY

Eduardo Esteban Magoja.....49

EL CASO ADMINISTRATIVO NO PREVISTO EN LA ACTUALIDAD

THE CURRENTLY UNFORESEEN ADMINISTRATIVE CASE

Leonardo Massimino.....75

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA COMO JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

THE CONTENTIOUS ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA AS A CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Daniela Susana Sosa.....105

EXTENSIÓN MODAL EN LA DONACIÓN

MODAL EXTENSION IN DONATION

Alejandro Enrique Freytes.....135

EL HEREDERO PRIVILEGIADO DE LA EXPLOTACION RURAL EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA CONTINENTAL

THE PRIVILEGED HEIR OF RURAL EXPLOITATION IN THE CONTINENTAL EUROPEAN LEGAL TRADITION

Juan Bautista Fos Medina159

LAS MEDIDAS CAUTELARES AMBIENTALES: SU INTERPOSICIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

ENVIRONMENTAL PRECAUTIONARY MEASURES: THEIR INTERPOSITION BY THE PUBLIC FISCAL MINISTRY IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA

Juan Bautista López195

LA RESERVA NATURAL URBANA GENERAL SAN MARTÍN COMO PATRIMONIO NATURAL Y CULTURAL DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA

THE GENERAL SAN MARTÍN URBAN NATURE RESERVE AS PART OF THE NATURAL AND CULTURAL HERITAGE OF THE CITY OF CORDOBA

Cristina del Campo, Agostina Armando, Ayelén Blanco, Carolina Brusco Torres229

JURISPRUDENCIA

LIMITACIÓN A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO Y SUS IMPLICANCIAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

LIMITATION TO THE CAPACITY TO EXERCISE AND ITS IMPLICATIONS IN TERMS OF PARENTAL RESPONSIBILITY

Natalia Elizabeth Carrizo249

CRÓNICAS E INFORMACIONES

Formación académica.....	277
Formación en posgrado.....	285
Actividades en investigación.....	290
Ciencia y Técnica.....	290
Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.....	293
Actividades de extensión y relaciones internacionales.....	296
Actividades para graduados.....	301

RECENSIONES

ANUARIO Hispano - Luso - Americano de Derecho Internacional (AHLADI), Volumen 25, Instituto Hispano - Luso - Americano de Derecho Internacional, Tecnos, Madrid, 2021, 329 páginas.

Yamila Yunis307

CASANOVAS, O. *Carl Schmitt pensador del orden internacional*, Tecnos, Madrid, 2022, 136 páginas.

Luis Pérez-Prat Durbán309

LABORÍAS Alexis Rodrigo - GODIO Leopoldo M.A. *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Aldina editorial digital, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 504 páginas.

Yamila Yunis316

GODIO, Leopoldo M.A. (Director). *El Tribunal Internacional de Derecho del Mar*. Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2023, 1020 páginas.

Redacción RF.....317

GODIO, Leopoldo M. A. *La Enseñanza del Derecho Internacional Público. La influencia de la Cátedra de Luis A. Podestá Costa en la Universidad de Buenos Aires*. Serie Tesis, Eudeba, 2023, 484 páginas.

Christian G. Sommer321

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 deberá enviarse en hojas blancas (sin encabezado ni pie de página) confeccionado en Word para Windows, margen normal, página tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, con notas a pie de página. Se enviará por correo electrónico a revistafacultad@derecho.unc.edu.ar y facultadrevista@yahoo.com.ar en dos copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor (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); f) Sumario.

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 minúscula. 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 eva-

luación 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 impresa si la misma se ha publicado en esa modalidad y no solo 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.

CONSTITUCIÓN, BIEN COMÚN GENERAL Y UNIVERSITARIO*

CONSTITUTION, GENERAL AND UNIVERSITY
COMMON PROPERTY

*Jorge Horacio Gentile***

Resumen: El presente trabajo está constituido por una serie de reflexiones breves a modo de fognazos sustanciales sobre la persona humana, la sociedad, el Estado, el bien común, la Constitución.

Palabras-clave: Persona humana - Sociedad - Constitución - Bien Común.

Abstract: This work is made up of a series of brief reflections as substantial flashes about the human person, society, the State, the common good, and the Constitution.

Keywords: Human person - Society - Constitution - Common good.

Sumario: I. La Persona Humana. II. La Sociedad. III. El Estado. IV. La Nación. V. La Democracia. VI. El Populismo. VII. El Derecho. VIII. El Bien Común. VIII.1. Bien Común universitario. VIII.2. El liderazgo. VIII.3. Conclusión sobre el Bien Común. IX. La Constitución. X. El constitucionalismo en el siglo XXI.

* Trabajo recibido el 12 de junio de 2023 y aprobado para su publicación el 30 del mismo mes y año. El contenido es una síntesis de la conferencia dictada en la Universidad Miguel de Cervantes de Santiago de Chile el 19 de abril de 2023.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales de Buenos Aires. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico titular de la Academia del Plata -sección Córdoba. Miembro de número del Instituto Histórico Justo José de Urquiza. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Parlamentario. Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba para los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014. Mediador, título otorgado por the University of San Francisco School of Law, San Francisco, California, EE.UU. Profesor Emérito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesor Emérito de la Universidad Católica de Córdoba. Convencional Constituyente en la Provincia de Córdoba entre 1986 y 1987, habiendo actuado como Vicepresidente de la Comisión de Coordinación y Redacción Final de dicha Asamblea. Diputado de la Nación entre 1989 y 1991, donde actuó como Vicepresidente del bloque Demócrata Cristiano, Secretario de la Comisión de Legislación General, integrante de la de Relaciones Exteriores y Culto, Comercio y Modernización Parlamentaria, y Secretario de la Comisión Parlamentaria Binacional Argentino-Chilena. Convencional Municipal Constituyente en la ciudad de Córdoba en 1995. Convencional Constituyente de la provincia de Córdoba, en 2001.

I. La Persona Humana

El hombre es un ser consciente y libre que, junto a otros seres humanos, se asocia y participa de la vida política, con el propósito de alcanzar el Bien Común y realizarse como persona.

El alma espiritual que con su inteligencia, enfocada a la verdad; su voluntad, dirigida al bien; y sus sentimientos, que buscan la belleza; dignifican a la persona humana. Esta realidad espiritual encarnada indisolublemente a su cuerpo lo constituye el rey de la creación.

Santo Tomás de Aquino al respecto ha expresado: *“la persona es lo más noble y lo más perfecto en toda la naturaleza”*.

La persona, al desarrollar sus potencialidades conforma su personalidad, que es distinta a la de los demás, pero todos merecen tener las mismas posibilidades de desarrollarse.

Somos, entonces, “individuo” (al igual que el resto de los animales), personas (porque también tenemos alma) y desarrollamos nuestra personalidad que nos hace diferentes a los demás.

II. La Sociedad

Jacques Maritain decía que *“las sociedades animales son sociedades de individuos, y no se las llama sociedades sino metafóricamente. La sociedad propiamente dicha, la sociedad humana, es una sociedad de personas; si una ciudad es digna de ese nombre o es por ser una sociedad de personas humanas”*.

“La sociedad política, impuesta por naturaleza y lograda por la razón, es la más perfecta de las sociedades temporales. Es una realidad humana concreta y total que tiende a un bien humano concreto y total: el Bien Común (...). La Justicia es una condición primordial para la existencia del cuerpo político, pero la amistad es su expresión vital”.

“La política surge de la moral porque sus fines es el bien humano de la comunidad, una vez que haya comprendido que la vida política debe conformarse al derecho natural”.

III. El Estado

Las sociedades políticas dieron lugar a la creación de los Estados que, para Maritain son *“sólo aquella parte del cuerpo político especialmente interesada en el mantenimiento de la ley, el fomento del bienestar general y del orden público, así como la administración de los asuntos públicos. El Estado se especializa en el interés de todos. No es un hombre ni un conjunto de hombres; es un haz de instituciones combinadas que forman una máquina situada en la cima (...); constituye una encarnación suprema de la razón, una superestructura impersonal y perviviente”*.

Su finalidad principal es el orden público, como el de la sociedad política -que también integra-. Su objetivo es el Bien Común.

Benito Mussolini por su parte, decía: *“Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”*.

IV. La Nación

Para Maritain *“la Nación es una comunidad de gente que advierte cómo la historia las ha hecho, que valoran su pasado y que se aman a sí mismas tal cual saben o se imaginan ser, con una especie de inevitable introversión”*.

“La Nación tiene, o tenía, un suelo, una tierra, lo cual no implica, como en el caso del Estado, una zona territorial de poder y administración, sino un complejo de vida, trabajo, dolor y ensueño”.

“La Nación no es una sociedad (...) es una comunidad (...) acéfala, tiene sus élites y centros de influencia, más no jefe ni autoridad gobernante (...) pero no un bien común (...), solidaridad entre sus miembros, fidelidad y honor, aunque no amistad cívica, manera y costumbres, no orden y normas formales”.

V. La Democracia

Giovanni Sartori nos recuerda que *“Aristóteles clasificó la democracia entre las formas malas de gobierno y la palabra democracia se convirtió durante dos mil años en una palabra negativa, derogatoria. Durante milenios el régimen político óptimo se denominó ‘república’ y no democracia (...). De la segunda guerra mundial la democracia emergió como una palabra buena (...). Fue y sigue siendo, una guerra para conquistar la democracia para el bando propio.*

Según Bergson *“la democracia es de esencia evangélica, y tiene por principio el amor”*.

Para Maritain, la democracia *“designa una filosofía general de la vida humana y de la vida política, y un estado del espíritu”*.

Abraham Lincoln dijo: *“Que esta Nación, Dios mediante, tendrá un nuevo nacimiento de libertad. El gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo no desaparecerá de la tierra”*.

Sartori dice que *“el concepto literal de democracia indica también que esperamos y demandamos de una forma democrática la prioridad de la sociedad sobre el Estado, que el demos precede a la “cracia” (...). El Estado está al servicio de los ciudadanos y no al revés, ya que el gobierno existe para el pueblo, y no viceversa”*.

Para Anthony Giddens: *“la crisis de la democracia viene de no ser suficientemente democrática”*

Frente a la crisis política global, es necesario que la democracia:

- 1.-Vuelva a tener como bienes esenciales la dignidad de la persona humana, el respeto a su vida, a su libertad, y a su trabajo.
- 2.-Respete los derechos humanos, personales y de “incidencia colectiva”.
- 3.-A pesar de la diversidad entre las personas, haga efectivo el principio de igualdad ante la ley y así erradicar la indigencia, la pobreza, la desocupación, y el acceso a la alimentación, la educación, la salud, la vivienda, etc.
- 4.-Mejore la representación y la participación política.
- 5.-Profundice la educación política de los ciudadanos y los dirigentes.
- 6.-Reestablezca los límites de lo privado y lo público y las competencias de la sociedad política y el Estado, sus niveles y órganos.
- 7.-Haga cumplir las reglas de ética pública y transparencia, y evite la corrupción.
- 8.-Respeto a la Constitución, las instituciones y los tratados y leyes.
- 9.-Combata la violencia familiar, social y política, y el terrorismo.
- 10.-Haga posible una mayor cooperación, amistad cívica y fraternidad en la sociedad política
- 11.-Estimule el debate y los consensos políticos, para lo cual hace falta mayor y mejor información y más efectivo uso de los medios de comunicación.
- 12.-Distienda las tensiones políticas entre las grietas entre amigos y enemigos, entre lo público y lo privado, entre el mando y la obediencia, con una visión pluralista y dirigida hacia el Bien Común.
- 13.-Haga que el Bien Común presida las relaciones entre las personas, las sociedades intermedias y la sociedad política; y el Estado debe, en la misma dirección, velar por el orden público.
- 14.-Se ocupe del cuidado de la “casa común” (*Laudato sí*) y del medio ambiente como deber de todos.
- 16.- En el marco de la globalización forme una sociedad política y un gobierno mundial que nos oriente hacia el Bien Común Universal.

VI. El Populismo

Antonio Gramsci dijo: *“Entre los tantos significados de la palabra democracia, me parece que el más realista y concreto es el que se puede extraer en relación con el concepto de “hegemonía”. En el sistema hegemónico existe democracia entre el grupo dirigente y los grupos dirigidos en la medida que el desarrollo de la economía y por consiguiente de la legislación, que expresa tal desarrollo, favorece el pasaje (molecular) de los grupos dirigidos al grupo dirigente”.*

Ernesto Laclau y Chantal Mouffe invocan en “La Razón Populista” que *“la izquierda debe comenzar a elaborar una alternativa creíble frente al orden neoliberal, en lugar de tratar simplemente de administrar a este último de un modo más humano. Esto, desde luego, requiere trazar nuevas fronteras políticas y reconocer que no puede haber política radical sin la identificación de un adversario. Es decir que lo que se requiere es aceptación del carácter inerradicable del antagonismo”*.

Agrega Mouffe *“la defensa y radicalización del proyecto democrático exige reconocer lo político en su dimensión antagonica, y abandonar la ilusión de un mundo reconciliado en el cual el poder, la soberanía y la hegemonía hayan sido superados”*.

VII. El Derecho

Alfredo Fraguero aplicando las causas del ser al derecho (natural y positivo) lo definía como *“la relación social justa, que tiene su origen en la ley, de naturaleza moral y dirigida al bien común”*.

Esta definición surge de aplicar al derecho las causales del ser, que son las siguientes:

Material: relación interpersonal

Formal: la justicia

Eficiente: la ley

Ejemplar: la moral

Final: el Bien Común.

El orden jerárquico de las normas es el siguiente:

-Morales

-Naturales

-Positivas

VIII. El Bien Común

Es el bien de todos, y el de toda la comunidad que se integra en la sociedad política.

Es diferente del interés, que es el valor, provecho, utilidad o ganancia, que puede ser individual o general.

Para Jacques Maritain tiene las siguientes notas:

- la obra común de todas las personas e instituciones que integran y dan sentido a la sociedad política;

- su fin es el buen vivir temporal de la multitud. Es un fin honesto, conforme a la naturaleza, que comprende el bien del cuerpo y del alma, un bien material y moral;
- la persona está ordenada a Dios, como fin absoluto, y ello trasciende el bien común de la sociedad política y el del universo.

Para Alfredo Fragueiro el Bien Común no es distinto al individual porque hay un solo bien, que en sí es uno y último, como hay una sola verdad y una sola belleza.

¿Es posible que exista un bien de todos siendo las personas diversas? ¿El bien de los otros no va en ocasiones en contra del bien propio? ¿En qué nivel se sitúa el bien común: grupal, vecinal, comunitario, regional, nacional, internacional? ¿Son estos bienes compatibles entre sí? ¿Es obligatorio y hasta qué punto buscar el bien común?, y en su caso, ¿cuál de todos los bienes comunes que hemos referido? ¿Se debe imponer de modo coercitivo? ¿Incluye los bienes morales?

Parecería que fueran una relación individualista porque remite únicamente a la persona singular y a Dios, sin tener en cuenta al resto de los seres humanos, pero, en realidad, no es así porque no se puede olvidar que en la contemplación de Dios, en la unión con Dios, se forma la comunidad de los bienaventurados, donde la participación en la felicidad del otro y la comunión mutua es muy intensa y sólo se sitúa por debajo de la unidad que se da en la vida trinitaria.

Alfredo Fragueiro afirma que *“la idea de Bien común, no puede significar entonces, un bien social distinto en especie al bien individual, porque solo existe el Bien en sí que es uno y último, del mismo modo que existe una sola Verdad, una sola Belleza”*.

De la sociedad política -dice Maritain- no es solo el conjunto de bienes o servicios de utilidad pública o de interés nacional (camino, puertos, escuelas, etc.) que supone la organización de la vida común, ni las buenas finanzas del Estado, ni su pujanza militar; no es solamente el conjunto de leyes justas, de buenas costumbres y de sabias instituciones que dan su estructura a la nación, ni la herencia de sus gloriosos recuerdos históricos, de sus símbolos, de sus tradiciones y de sus tesoros de cultura.

La CSJN argentina en Fallos 179: 113 expresa: *“la idea de Bien Común comprende la de bienestar general y la prosperidad del país”*.

El Bien Común comprende todo lo que supone conciencia cívica, de las virtudes políticas y del sentido del derecho y de la libertad, y de todo lo que hay de actividad, de prosperidad material y de tesoros espirituales, de sabiduría tradicional inconscientemente vivida, de rectitud moral, de justicia, de amistad, de fraternidad, de felicidad, de virtud y de heroísmo, en la vida individual de los miembros de la comunidad, en cuanto todo esto es comunicable, y se distribuye y es participado por cada una de las personas, ayudándoles, así, a perfeccionar su vida y su libertad de persona.

Todo esto constituye la buena vida humana de la multitud.

El Bien Común es éticamente bueno y es un todo substancial distinto del bien privado. Ni siquiera es el bien de un todo biológico determinante, como lo es la sociedad animal, sino el bien propio de una multitud de personas, el cual debe fundarse no sólo en relaciones de fuerza, sino, sobre todo y ante todo, en relaciones de justicia.

Para Maritain “*el bien del cuerpo social es un Bien Común de personas humanas, como el mismo cuerpo social es un todo de personas humanas, esta fórmula nos llevaría a los errores de tipo totalitario. El Bien Común de la ciudad no es la simple colección de bienes privados ni el bien propio de un todo que (como la especie, por ejemplo, respecto a los individuos o como la colmena para las abejas) sólo beneficia a ese todo sacrificándole las partes. Ese Bien Común es la conveniente vida humana de la multitud, una multitud de personas, su comunicación en el buen vivir. Es, pues, común al todo y a las partes sobre las cuales se difunde y que con él deben sacrificarse*”.

El hombre no ha sido destinado a salvarse a través de la sociedad, en el sentido antes explicado, sino mediante ella, con la ayuda de la sociedad, en la medida en que la sociedad puede ayudarlo a salvarse. El Bien Común no es un fin, sino un medio o un fin infravalente para lograr los fines últimos de la persona.

Cuando decimos Bien Común nos referimos siempre al Bien Común temporal, porque si no nos trasladaríamos a otro problema mucho más complicado, la existencia de otros bienes comunes superiores al de la sociedad temporal, del Bien Común de la Iglesia o del Bien Común de la sociedad bienaventurada.

Para Maritain, el hombre en cuanto individuo está subordinado a la sociedad, en cuanto persona sucede lo contrario. Esto permite definir tres modelos de relación persona-sociedad: el liberal y el colectivista, que son rechazados, y el personalista, que es su propuesta original, superadora:

- 1) alejándose del organicismo;
- 2) afirmando con nitidez la primacía de la persona sobre el bien común;
- 3) desarrollando la idea del bien común como condición de vida y no sólo como contenidos del sistema social.

Estas dos últimas tesis, se encuentran formuladas de manera muy similar en la *Gaudium et spes*.

VIII.1. Bien Común universitario

Esto nos recuerda que:

- “*La verdad nos hará libres*” (San Juan 8,32)

- Los fines de la universidad. Hay dos elementos que convierten a los estudiantes en verdaderos agentes de cambio: la educación de su carácter y su capacidad de liderazgo.
- Hay que adecuar la educación y la investigación a los grandes y veloces cambios que depara el siglo XXI.

La actual crisis de liderazgos hace necesario estimular los talentos y valores que fortalezcan el carácter de los futuros líderes.

Las Estrategias para el desarrollo del carácter son:

- Práctica: somos lo que hacemos reiteradamente.
- Modelos de conducta: nos asemejamos a quienes admiramos.
- Reflexión: aprendemos con mayor profundidad cuando a la experiencia le sigue una reflexión.
- Lenguaje: nos abrimos a nuevas posibilidades adoptando nuevos términos.
- Sistemas: mejoramos la resiliencia cuando somos conscientes de los sistemas en los que vivimos.
- Recordatorios: conseguimos que perduren nuestros compromisos con la ayuda de recordatorios.
- Amistades: llegamos a la mejor versión de nosotros mismos cuando nos apoyamos en amistades de responsabilidad mutua.
- Hay que formar académicamente y en virtudes morales y cívicas, resaltando la amistad, la sabiduría, la humildad, la curiosidad, la honestidad, la empatía, la valentía, la gratitud, la resiliencia y la esperanza.
- Debe estimularse la reflexión crítica para la elección de los fines y los medios.
- Los planes de estudios deben permitir incluir materias que se dictan en otras carreras a elección de los alumnos.
- La comunicación interpersonal dentro de las universidades, y en la vida, debe adaptarse a los modos del siglo XXI.

VIII. 2. El liderazgo

Henry Kissinger escribió en su libro "Liderazgo" que *"la mayoría de los líderes no son visionarios, sino gestores. En todas las sociedades y en cualquier nivel de responsabilidad, se necesitan administradores que guíen a diario las instituciones que se le confían. Los atributos vitales de un líder es ser puente entre el pasado y el futuro con valentía y carácter."*

El líder es ante todo un valorador de hombres, situaciones y cosas con capacidad de hacer lo correcto sin saberlo. Si quiere llegar a destino debe adecuar los medios a los fines, con razón e intuición.

En las crisis los líderes necesitan ser estadistas, que administran; pero, además, profetas, cuyo objetivo es trascender el *statu quo* y no tanto gestionarlo.

Recordemos que, en el Evangelio de San Juan, Jesús dijo: *“El que cree en mí, aunque muera, vivirá; y todo el que vive y cree en mí, no morirá”*. Esto nos obliga a pensar siempre en la vida eterna, pero también en lo que nos pasará después de que terminemos la carrera universitaria.

El conocimiento de sí mismo arraiga y nutre las demás virtudes del liderazgo.

Los líderes deben:

- En el terreno, ver o controlar lo que se tiene que hacer, ya que se ven mejor los resultados.
- Entender sus fortalezas, debilidades, valores y puntos de vista del mundo.
- Innovar y adaptarse a los cambios.
- Tratar a los demás positivamente y acompañar a los subordinados.
- Fortalecerse a sí mismo y a los demás en el amor que aglutina, la lealtad, el optimismo, el ingenio, la perseverancia y las aspiraciones heroicas.
- Tener siempre la mira alta.

VIII. 3. Conclusión sobre el Bien Común

La filosofía democrática, para Maritain, se reconoce por *“los derechos inalienables de la persona, igualdad, derecho políticos del pueblo (...) y los mandatarios gobiernan como vicarios suyos; primado absoluto de las relaciones de justicia y de derecho en la base de la sociedad, ideal, no de guerra, de prestigio o de poder, sino de mejoramiento y de emancipación de la vida humana, y la fraternidad. Para esta filosofía, la obra política es, por excelencia, una obra de civilización y de cultura, tiende ante todo a procurar el Bien Común de la multitud”*.

IX. La Constitución

Es la ley positiva suprema de la sociedad política, conformada por las normas positivas fundamentales y primarias, que organizan las distintas sociedades políticas y sus respectivos estados –centralizados o descentralizados- de las Américas, que declaran y garantizan derechos humanos, sociales y políticos, tomando como referencia y reconociendo el derecho natural que los inspira y las precede (Enmienda IX de la Constitución de USA y el 33 de la de Argentina).

Casi todas las constituciones de las Américas son una *norma positiva única*, que ha tenido luego pocas o muchas reformas. Otras, como la de Canadá (modelo británico), son una amalgama de actas codificadas y tradiciones no codificadas y convenciones.

Las más antiguas de América son las de Estados Unidos de América (1789) y Argentina (1853). En Chile, la primera fue de 1828.

Luego se dictaron en *todos los países* y en los mismas están con sus respectivas reformas hoy están vigentes.

En los *países federales* hay también constituciones en los estados o provincias que los integran.

Algunas constituciones que consagran *regímenes autoritarios o totalitarios* de gobierno, no respetan los principios y reglas de los sistemas republicanos y democráticos de gobierno ni los derechos humanos, como en la de Cuba -que declara: “*El Partido Comunista de Cuba, único, martiniano, fidelista, marxista y leninista, sustentado en su carácter democrático y la permanente vinculación con el pueblo, es la fuerza política superior de la sociedad y del Estado...*”, en su Artículo 5 de su Constitución de 2019-. Otras constituciones de este tipo son las de Venezuela y Nicaragua.

X. El constitucionalismo en el siglo XXI

Las grandes transformaciones del siglo XXI cambiaron nuestro modo de vida y exigen una educación adecuada a esta nueva era.

Se acentuó la globalización -a pesar de algunas reacciones nacionalistas (Reino Unido, retirándose de la Comunidad Europea (*Brexit*), y la de Cataluña, que intentó separarse de España- y la aparición de algunos presidentes que predicaron su espíritu nacionalista, como Donald Trump, con su “*América Primero*” o Jair Bolsonaro en Brasil.

Por las grandes consecuencias que trajo la Pandemia del Covid-19, además de las guerras (calientes, frías y tibias), los atentados y las protestas violentas que se han vivido en algunos países; el espectacular desarrollo tecnológico, que ha revolucionado el uso de los medios y redes de comunicación y generado las más grandes empresas multinacionales donde se ha concentrado mucho poder económico y tecnológico; el crecimiento de la pobreza, la informalidad y las migraciones; y las catástrofes producidas por el cambio climático, los incendios, tsunamis, huracanes, terremotos y contaminación del aire y de las aguas.

Cambiar o reformar las constituciones

Algunos países en crisis cambiaron sus constituciones, como en 1991 en Colombia, Bolivia en 2009 y ahora lo está intentando Chile, para reemplazar la dictada

originariamente por el dictador Augusto Pinochet en 1981, aunque fuera muchas veces reformada por los posteriores gobierno constitucionales.

Esta nueva situación nos obliga a pensar en cómo actualizar las constituciones; vía interpretación, reglamentación o reformas, ya que sus textos, en general, son lo suficiente amplios que muchas veces no justifican su reemplazo, salvo las que implantaron un régimen totalitario o autoritario de gobierno o no respetan los derechos humanos. Chile lo está intentando.

Cómo cambiar o reformar las Constituciones sin concentrar el poder en el Ejecutivo

Es necesario *evitar las normas que proponen la concentración de poderes en los Ejecutivos*, que propician la reelección de sus titulares, el debilitamiento de los Poderes Legislativos y Judiciales, de las autonomías de los estados locales, provincias, regiones, municipios y de los órganos de control.

En Argentina se permitió la reelección presidencial por un mandato en la reforma de 1994, como había ocurrido en 1949, que tuvo vigencia en esta última sólo hasta 1955.

El 15 de febrero de 2009 se realizó en Venezuela un referéndum para permitir la reelección inmediata de cualquier cargo de elección popular de manera continua o indefinida, con resultado favorable siendo promulgada por el Presidente de la República, el 19 de febrero de 2009.

En Bolivia el 21 de febrero de 2016, el presidente Evo Morales perdió en un referéndum que buscaba habilitarlo para un cuarto mandato, pero el Tribunal Constitucional falló que el presidente podía ser reelegido siempre por ser ello un «derecho humano», desconociendo la limitación del poder que se estableció en el sistema republicano de gobierno, desde que se abolió la monarquía.

Es necesario precisar los estados de excepción

Las constituciones prevén el dictado de los estados de emergencia o de excepción constitucional, como el estado de sitio o de asamblea o de catástrofe, el toque de queda, el dictado de decretos de necesidad y urgencia (que materialmente son leyes) por los Poderes Ejecutivos; las intervenciones federales a las provincias o estados miembros o municipios, que deberían ser reemplazadas por otras más adecuadas a la actualidad y que, al dictarse, precisen mejor su carácter, controles y limitaciones materiales y temporales durante su vigencia.

La Constitución Argentina y algunas otras no prevén las emergencias sanitarias, pero las emergencias genéricas declaradas se prolongan por años.

Hoy se vive intensamente el estado de excepción en El Salvador, presidido por Nayib Bukele desde el 27 de marzo de 2022 con miles de personas privadas de la libertad (“*pandilleros*”).

Es preciso garantizar mejor los derechos humanos

El art. 33 de la Constitución Argentina, similar a la Enmienda IX de los Estados Unidos de Norteamérica, habla de los “*derechos no enumerados*”, que son aquellos derechos naturales que no fueron o no son mencionados en las leyes positivas y tienen igual jerarquía que los reconocidos por ellas.

Las leyes son insuficientes para explicar todos los casos en contextos como el de la pandemia que no estaban previstos, pero existe el derecho natural como el de una persona que quiere despedir a un ser querido que esté muriendo y que no pueda ser negado (esto ocurrió en Argentina en que un padre no pudo ver a su hija en el momento de su muerte durante la reciente pandemia). No hay norma positiva que diga que no se puede respetar un derecho tan elemental como éste.

Es necesario ampliar la participación política

Como las elecciones, las audiencias públicas o el uso de los mecanismos de democracia semidirecta (iniciativas, consultas populares y revocatorias) deberán ser mejor regulados y utilizados, para canalizar mejor los reclamos y las protestas, que últimamente en algunos casos han sido masivas y violentas.

Las nuevas tecnologías digitales pueden ayudar para hacerlas más efectivas, como por ejemplo el voto electrónico.

Superar la crisis de representación producida por la debilidad o desaparición de partidos políticos y las crisis de liderazgos.

Es ineludible superar la pobreza, la informalidad y la desigualdad

Las nuevas tecnologías han acelerado la concentración del poder y de la riqueza, y han aumentado las distancias entre los diversos sectores sociales, respecto de sus ingresos, de sus posibilidades de trabajar y hacer uso de los servicios esenciales como los de la alimentación, vivienda, salud, educación y seguridad.

Hay que rescatar a los que están bajo la línea de la pobreza, a los discapacitados, a los migrantes y a los marginales, y no sólo darles subsidios o un haber un mínimo, sino fundamentalmente, educación, trabajo y vivienda.

Es forzoso eliminar la corrupción

Es otro de los males que más ha afectado en los últimos tiempos a los políticos y a los gobiernos por lo que se hace necesario ajustar las normas penales y los medios,

mecanismos y órganos de control para que ello deje de empañar su accionar, desprestigiando los órganos que integran al gobierno y a la democracia representativa.

El narcotráfico, las “mafias” y las adicciones a las drogas se han convertido en uno de los mayores males del momento.

Es inevitable cuidar la “madre tierra”

Los derechos afectados por el cambio climático, por los problemas ambientales, de contaminación y ecológicos ya han sido incorporados en las últimas reformas constitucionales y en tratados internacionales.

Pero ello no es suficiente, ni se adecua siempre a la urgente necesidad de solucionarlos cuanto antes.

Se necesita voluntad política, y una mejor y adecuada regulación y ejecución de políticas de Estado para evitar el alarmante deterioro que dichos problemas están produciendo.

Urge utilizar mejor las nuevas tecnologías

Son tecnologías que nos cambiaron la vida y nuestras relaciones intergeneracionales.

El uso de la robótica, el internet, el huawei, la inteligencia artificial, el chat GPT, los algoritmos, las *big data*, la tecnología 5G, las nubes, la automatización, la nanotecnología, la computación cuántica, la biotecnología, las impresoras, los drones y los vehículos eléctricos y autónomos nos obligan también a dictar reglas que permitan su mejor uso, para que dichos medios respeten el ejercicio de los derechos de las personas y no permitan aumentar la desigualdad entre los que la utilizan y los que no tienen oportunidad de hacerlo.

Es necesaria una mejor acumulación y procesamiento de la información

Este es otro de los factores que revolucionó nuestras vidas. No sólo a las personas, sino también al funcionamiento de los gobiernos, la administración de los órganos públicos y de las instituciones privadas, que hoy merecen ser reformuladas para adecuarse a estos vertiginosos cambios y para que mejoren su eficacia, respetando el derecho a la privacidad, a que se pueda conocer lo que consta en registros o bancos de datos públicos, sin que se afecte el secreto de las fuentes de información privadas, médicas, periodística, etcétera.

Es preciso descentralizar más

La política, la administración y los organismos públicos y privados para que la vigencia de las constituciones, las leyes y los servicios estén más cerca de los ciudadanos, de sus familias y de su entorno.

Urge reglar a las comunidades originarias (como los mapuches) y tribales (como los gitanos)

Debe reconocerse en las constituciones sus derechos, idiomas, costumbres, tradiciones y cultos, e integrarlos a la sociedad política, como indica el Convenio 169 de la OIT.

En la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia del 2009 y en el proyecto de Constitución de Chile, rechazado por un referéndum, se consideraba a las comunidades indígenas como naciones.

Necesidad de integrar

La integración regional, continental y mundial se ha intensificado con los fenómenos antes señalados y los avances ya concretados, como la Unión Europea; o, en Sudamérica con la creación del Mercosur, increíblemente demorado en su ampliación o mejor funcionamiento.

Varias constituciones americanas incorporaron cláusulas referidas a la integración regional, continental o mundial.

Nadie duda de la necesidad de reformar y actualizar los órganos internacionales como la ONU, la OEA, el G-20, la UNESCO, la OMS, etc.

Repensar la construcción de una “autoridad para todo el orbe”

Esta frase de Francisco de Vitoria (siglo XV) fue más tarde repetida y ampliada en su alcance por Emmanuel Kant, Jacques Maritain, Arnolt Toybee, entre otros. Hoyes un propósito que este tipo de autoridad con la globalización no se puede postergar, aunque no sea fácil concretar, con una idea republicana y democrática, respetando los derechos humanos, la “madre tierra”, la “soberanía” (o mejor las autonomías) continentales, regionales, de los Estados nacionales, provincias y ciudades.

Los problemas internacionales estarían reglados por normas de jerarquía constitucional, dictadas por organismos democráticamente representativos, y aplicadas por poderes ejecutivos y judiciales internacionales.

LA GUERRA EN UCRANIA Y LA VIGENCIA DE LA DEFINICIÓN DE LA AGRESIÓN*

THE WAR IN UKRAINE AND THE LEGAL VALIDITY OF THE DEFINITION OF AGGRESSION

Luciano Pezzano**

Resumen: A partir de las numerosas invocaciones de la Definición de la Agresión, aprobada por resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con motivo de la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania, este artículo pretende analizar el uso y tratamiento que ha recibido la definición por los órganos y Estados Miembros de las Naciones Unidas en ese contexto, con miras a determinar su vigencia y valor jurídico en el derecho internacional contemporáneo.

Palabras-clave: Agresión - Invasión a Ucrania - Definición de la Agresión - Naciones Unidas.

Abstract: Based on the numerous invocations of the Definition of Aggression, adopted by resolution 3314 (XXIX) of the General Assembly of the United Nations, regarding the aggression of the Russian Federation against Ukraine, this article aims to analyze the use and treatment that the Definition has received by the organs and Member States of the United Nations in this context, with a view to determining its validity and legal value in contemporary international law.

Keywords: Aggression - Invasion of Ukraine - Definition of Aggression - United Nations.

Sumario: I. Introducción. II. La Definición de la Agresión. II.1. *El valor jurídico de la Definición.* II. 2. *La Definición en la práctica de la Asamblea General.* III. La Definición en la agresión a Ucrania. III. 1. *El precedente de Crimea.* III. 2. *Las menciones a la Definición en el Consejo de Seguridad.* III. 3. *La Definición en las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos.* III. 4. *La Definición en las propuestas de creación de un tribunal especial.* III. 5. *La Definición ante la Corte Internacional de Justicia.* IV. Consideraciones finales: la Definición de la Agresión está más vigente que nunca.

* Trabajo recibido el 31 de mayo de 2023 y aprobado para su publicación el 15 de junio del mismo año. El artículo corresponde a la conferencia brindada en el Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 26 de abril de 2022.

** Magister en Relaciones Internacionales por el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNC. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales/UCES San Francisco). Profesor de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UNC). Miembro Titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Introducción

La agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania, iniciada el 24 de febrero de 2022, ha causado un profundo impacto en el orden jurídico y en las instituciones de la comunidad internacional. Resulta hasta paradójico que, en una época de gran crisis del sistema multilateral, se haya recurrido a muchos de los mecanismos del sistema -incluso algunos que parecían olvidados- para dar alguna respuesta al grave conflicto.

Entre tales respuestas, se destaca la activación del procedimiento previsto en la resolución 377 A (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG), “Unión pro Paz”, por el cual la AG asume sus funciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales frente a la inacción del Consejo de Seguridad (CS) provocada por la falta de unanimidad entre sus miembros permanentes.

En ese contexto, llama positivamente la atención que la AG haya recurrido, por primera vez en décadas, a la Definición de la Agresión, aprobada por resolución 3314 (XXIX) de la propia AG, a los fines de calificar la “operación militar especial” de la Federación de Rusia. También el Consejo de Derechos Humanos (CDH), en sus resoluciones sobre el tema, invocó la Definición, por primera vez en su historia. Asimismo, la Definición, dado su preponderante lugar en el contexto del art. 8 bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, también aparece en las diferentes propuestas de crear un tribunal especial sobre el crimen de agresión en Ucrania. Este “resurgimiento” de la Definición en la escena multilateral permite revisitarse la discusión sobre su valor jurídico y su importancia en el derecho internacional¹.

El objetivo de la presente contribución es, entonces, analizar el uso y tratamiento que ha recibido la Definición de la Agresión por los órganos y Estados Miembros de las Naciones Unidas a raíz de la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania, con miras a determinar su vigencia e importancia en el derecho internacional contemporáneo.

Con tal fin, el presente trabajo comenzará recordando la discusión sobre el valor jurídico de la Definición, y su invocación en la práctica pasada de la AG; para pasar luego a analizar su invocación y aplicación con motivo de la agresión a Ucrania en diferentes órganos de las Naciones Unidas; y así, finalizar con algunas reflexiones respecto de su vigencia.

(1) No son pocos los comentaristas que, al momento de calificar jurídicamente la “operación militar especial” de Rusia en Ucrania, la consideran como un acto de agresión y recurren a la Definición (además de los citados a lo largo de este artículo, v. JANKOVIC, Sava - ROEBEN, Volker. “Russia’s Recognition of the DPR and LPR: The Revival of the Constitutive Theory of Recognition”, *Opinio Juris*, 12 de marzo de 2022, en <https://opiniojuris.org/2022/03/12/russias-recognition-of-the-independence-of-the-donetsk-peoples-republic-and-the-luhansk-peoples-republic-the-revival-of-the-constitutive-theory-of-recognition/>; BEURRET; Florent. “Limiting the Veto in the Face of *Jus Cogens* Violations: Russia’s Latest (Ab)use of the Veto”, *Opinio Juris*, 6 de mayo de 2022, en <https://opiniojuris.org/2022/05/06/limiting-the-veto-in-the-face-of-jus-cogens-violations-russias-latest-abuse-of-the-veto/>).

II. La Definición de la Agresión

II.1. El valor jurídico de la Definición

La naturaleza jurídica de la Definición puede ser discutible, dado que está contenida en una resolución de la AG, que no es en sí misma obligatoria. Aunque fue aprobada por consenso, tal circunstancia no le otorga *per se* el carácter de norma jurídica vinculante.

En ese sentido, no falta quien sostiene que la Definición solamente tiene un valor meramente exhortativo, como el resultado de un compromiso político² y que, por lo tanto, carece de efecto jurídico.

Al respecto, no está de más recordar que uno de sus objetivos primigenios fue servir al CS “como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión”³, según lo dispone la propia resolución 3314 (XXIX), lo que llevó a cierto sector de la doctrina a considerar que la Definición no estaba llamada a servir como regla de derecho⁴. De hecho, aunque se discutió en los trabajos preparatorios que ese era su objetivo, en ninguna de sus disposiciones se explicita que la “agresión” que define es la misma mencionada en los Arts. 1.1 y 39 de la Carta. De todos modos, dicha vinculación nos resulta indudable⁵.

Este objetivo primigenio no pudo cumplirse, dado que el CS no ha recurrido a la Definición para determinar que una situación dada constituía agresión⁶. Esto no necesariamente debería afectar la discusión del valor jurídico de la Definición, puesto que el CS nunca efectuó una determinación explícita de la existencia de un acto de agresión en los términos del art. 39 de la Carta⁷. Es decir, se trata mucho más de una cuestión de voluntad política del CS que de la utilidad o no de la Definición⁸.

(2) V. i. a., SOLERA, Oscar. *Defining the Crime of Aggression*, Cameron May, Londres, 2007, p. 203.

(3) Resolución 3314 (XXIX), párrafo 4.

(4) BRUHA, Thomas. “The General Assembly’s Definition of the Act of Aggression”, en KREß, Claus - BARRIGA, Stefan (Eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 142-177, p. 172.

(5) PEZZANO, Luciano. *La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional*, Ciencia, Derecho y Sociedad-UNC, Córdoba, 2021, pp. 77-78.

(6) BASSIOUNI, M. Cherif - FERENCZ, Benjamin B. “The Crime against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC”, en BASSIOUNI, M. Cherif, *International Criminal Law*, Vol. I, Tercera Edición, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, p. 227.

(7) PEZZANO, Luciano, *op. cit.* en nota 5, p. 284.

(8) Así también lo reconoce McDougall, aunque considera que ello plantea interrogantes respecto de la legitimidad y funcionalidad de la Definición (MCDUGALL, Carrie. *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 107).

Sin embargo, esta circunstancia parece subyacer a algunas visiones que se concentran en críticas a la Definición, y que no terminan de apreciar su valor jurídico⁹ e impiden reconocer que se trata de la única definición de la agresión aceptada por la comunidad internacional. Estas críticas reducen la función de la Definición a su objetivo primigenio de servir de guía al CS, sin tener en cuenta que la propia Definición prevé un alcance mayor. Así, en el octavo párrafo del Preámbulo, la AG se muestra convencida de que “la adopción de una definición de la agresión debería producir el efecto de disuadir a un agresor potencial, facilitaría la determinación de actos de agresión y la aplicación de medidas para suprimirlos, y permitiría asimismo proteger los derechos y legítimos intereses de la víctima y prestarle ayuda”. El solo hecho de que se refiera al posible efecto disuasorio y a la protección de los derechos de la víctima, plantea la existencia de consecuencias más allá de la determinación. Esto se ve con meridiana claridad en el art. 5 de la Definición, que se refiere a las consecuencias jurídicas de la agresión¹⁰ y que exceden tanto la determinación como las medidas decididas por el CS en ejercicio de sus poderes del Capítulo VII.

En favor de su fuerza normativa, Zourek considera que la resolución, por ser la definición de un término contenido en la Carta, es una interpretación auténtica de esta, y es la propia Carta la que le otorga su valor jurídico¹¹. El argumento es atractivo¹², pero responde a una postura en extremo minoritaria, y no conocemos otros autores que se hayan hecho eco de él.

Tal vez una mejor vía sea determinar si la Definición refleja o no el derecho consuetudinario. Así, aunque pueda considerarse su aprobación por consenso como presunción de una *opinio iuris*, es necesario precisar si existe una práctica en ese sentido. Así, suele destacarse¹³ el ya mencionado hecho de que el CS nunca haya recurrido a la Definición, y que la AG lo haya hecho solamente en contadas ocasiones -que mencionaremos luego- para señalar la inexistencia de una práctica a este respecto.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha pronunciado respecto del valor consuetudinario de la Definición, al sostener:

(9) BRUHA, Thomas, *op. cit.*, p. 168; MCDUGALL, Carrie, *op. cit.*, p. 105.

(10) Aunque el Art. 5, como ningún artículo de la Definición, no lleva título, durante el proceso de redacción fue denominado como “Consecuencias jurídicas de la agresión” (V. i.a., AG. *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, UN doc. A/9019, p. 16; y BROMS, Bengt Baltzar. “The Definition of Aggression”, *RCADI* (1977), pp. 299-400, pp. 356-357).

(11) ZOUREK, Jaroslav. “Enfin une définition de l’agression”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 20 (1974), pp. 9-30, p. 28.

(12) De hecho, es el que compartimos al analizar el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en PEZZANO, Luciano. “Fuentes de las obligaciones generales de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XXI (2012), pp. 67-106.

(13) SOLERA, Oscar, *op. cit.*, p. 202.

“(…) it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also ‘the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to’ (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces, ‘or its substantial involvement therein’. This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law”¹⁴ (resaltado añadido).

Pese a la fuente de autoridad de la que proviene, apoyada por varios autores¹⁵, McDougall niega que la Corte esté reconociendo valor consuetudinario a la Definición, sino a la regla contenida en el art. 3, inc. g)¹⁶. No nos convence su argumentación, sobre todo a la luz de lo que la CIJ afirmó en el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*. En su sentencia sobre el fondo, al rechazar el argumento de Uganda de que sus acciones habían sido tomadas en legítima defensa frente los ataques de grupos armados, la Corte sostuvo: “*The attacks did not emanate from armed bands or irregulars sent by the DRC or on behalf of the DRC, within the sense of Article 3 (g) of General Assembly resolution 3314 (XXIX) on the definition of aggression, adopted on 14 December 1974*”¹⁷. En este caso, la Corte directamente aplica la disposición sin entender la necesidad de pronunciarse sobre su carácter ni citar su precedente, pero es evidente que lo hizo teniendo en cuenta su anterior afirmación sobre la naturaleza consuetudinaria de la disposición -y no solo la regla que esta refleja- dado que, de otra forma, no habría podido aplicarla, por tratarse de una resolución de la AG.

A fortiori, en su opinión separada en dicho caso, el Magistrado Elaraby, luego de citar el pasaje de la sentencia en *Nicaragua* sobre la Definición, afirma: “*The acknowledgment by the Court of the customary international law status of the definition of aggression is of considerable importance to the instant case and in particular to the Demo-*

(14) CIJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 195.

(15) GAJA, Giorgio. “The Long Journey towards Repressing Aggression”, en CASSESE, Antonio - GAETA, Paola - JONES, John R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 427-442, p. 437; WEISBORD, Noah. “Prosecuting aggression”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, N°1 (2008), pp.161-220, p. 179; SOLERA, Oscar, *op. cit.*, pp. 407-408; REDDI, Vimalen J. “The ICC and the Crime of Aggression: A Need to Reconcile the Prerogatives of the SC, the ICC and the ICJ”, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, N° 4 (2008), pp. 655-686, pp. 661-662; LAVERS, Troy. “(Pre)determining the crime of aggression: has the time come to allow the International Criminal Court its freedom?”, *Albany Law Review*, Vol. 71 (2008), pp.299-307, p. 301; ZIMMERMANN, Andreas - FREIBURG, Elisa. “Article 8 bis. Crime of aggression”, en TRIFFTERER, Otto - AMBOS, Kai (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ª edición, C.H. Beck, 2015, pp. 580-618, p. 615.

(16) MCDUGALL, Carrie, *op. cit.*, pp. 114-115.

(17) CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, párr. 146.

cratic Republic of the Congo's claim that Uganda has violated the prohibition of aggression in international law"¹⁸. De esta forma, afirma que en Nicaragua la CIJ reconoció el carácter consuetudinario de la Definición, lo que vuelve a sostener de manera más explícita en el siguiente párrafo de su opinión separada: "*the Court should, in my view, have embarked on a determination as to whether the egregious use of force by Uganda falls within the customary rule of international law as embodied in General Assembly resolution 3314 (XXIX)*"¹⁹.

Ahora bien, si la Corte reconoce que el art. 3, inc. g) de la Definición expresa el derecho consuetudinario, ¿qué sucede con el resto de los supuestos enumerados en dicho artículo? Dinstein opinó que el hecho de que dicho inciso haya sido pronunciado por la Corte como declaratorio del derecho internacional consuetudinario, es posiblemente indicativo de que otras porciones del art. 3 podrían ser igualmente consideradas como parte de una codificación del derecho consuetudinario²⁰. Por otro lado, Sayapin piensa que la ausencia de jurisprudencia de la Corte sobre los incisos a) a f) del art. 3 no debería ser interpretada como una actitud inequívocamente reprobatoria o dubitativa de la Corte respecto de su sustancia, sino simplemente como el hecho de que la Corte aún no tuvo la oportunidad de escrutar su fuerza jurídica a la luz del derecho internacional consuetudinario²¹.

Por nuestra parte, consideramos que es razonable suponer que si el caso de la agresión indirecta del art. 3, inc. g) de la Definición -que no está exento de controversias para su interpretación²²- refleja el derecho consuetudinario, *a fortiori* lo reflejarán disposiciones como las de los incisos a)²³ o b)²⁴ del mismo artículo, que representan los casos más paradigmáticos de empleo de la fuerza armada directa. Así, compartimos con

(18) CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, Opinión separada del Magistrado Elaraby, párr. 16.

(19) *Ibidem*, párr. 17.

(20) DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*, Cuarta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 129. Significativamente, el autor omite el comentario en la quinta edición de su obra.

(21) SAYAPIN, Sergey. *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014, p. 107.

(22) V., por ejemplo, PINTORE, Eduardo. "La caracterización del concepto de ataque armado del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas a través de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *Cuaderno de Derecho Internacional*, Nº VI (2012), pp. 49-76, p. 55 y ss.

(23) El que caracteriza como acto de agresión: "*La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él*".

(24) El que caracteriza como acto de agresión: "*El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado*".

Zuppi que la CIJ reconoció que la lista de actos de agresión enumerados en el art. 3 refleja el derecho internacional consuetudinario²⁵.

Asimismo, el solo hecho de que la CIJ recurriera a la resolución 3314 (XXIX) como expresión del derecho consuetudinario demuestra que no puede reducirse su función solamente a servir de guía al CS -función que, como dijimos, no ha podido cumplir-, sino que contiene efectivamente reglas de derecho internacional aplicables por fuera del sistema de seguridad colectiva²⁶.

Si no aceptamos que la Definición refleja el derecho consuetudinario, ¿existe una definición diferente de agresión determinada por la costumbre internacional? En ese caso, ¿cuál es? Dado que no parece existir una práctica ni una *opinio iuris* en ese sentido, forzosamente deberíamos concluir que no existe definición jurídica alguna de la agresión en el derecho internacional y que, por lo tanto, los esfuerzos de la comunidad internacional durante el último siglo²⁷ han sido en vano.

Por el contrario, el complejo proceso relativo a la tipificación del crimen de agresión en el derecho internacional, que finalizó con la adopción del art. 8 bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, muestra la enorme gravitación que al respecto tuvo la Definición. Debemos recordar que la AG, en su resolución 33/97, recordando que había decidido aplazar su consideración del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad “*hasta que la Asamblea hubiera adoptado una definición de la agresión*”, y teniendo presente “*que el 14 de diciembre de 1974 la Asamblea General aprobó la resolución 3314 (XXIX), titulada “Definición de la agresión”, pidió a los Estados y a las organizaciones internacionales a presentar comentarios y observaciones sobre el proyecto de Código y al SG a presentar un informe al respecto. Ello derivó en la aprobación de la resolución 36/106, por la que encomendó a la CDI reanudar su consideración del Proyecto de Código. En los trabajos de la CDI, el Relator Especial Doudou Thiam recurrió a la Definición para el Proyecto de Código y sostuvo, en línea con lo que planteamos:*

(25) ZUPPI, Alberto L. “Aggression as International Crime: Unattainable Crusade or Finally Conquering the Evil?”, *Penn State International Law Review*, Vol. 26 (2007), pp. 1-36, p. 19.

(26) Como sostiene Reddi, “*the GA definition presupposed a clear link between the notion of aggression in Article 39 of the Charter and notion of aggression as an independent legal concept*” (REDDI, Vimalen J., *op. cit.*, p. 661).

(27) Sobre los esfuerzos de definir la agresión en la primera posguerra V. PEZZANO, Luciano. “La Primera Guerra Mundial y la prohibición de la agresión”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI (2015), pp. 229-258. Sobre la historia del proceso que culminó con la Definición, v. FERENCZ, Benjamin B. *Defining International Aggression. The Search for World Peace. A Documentary History and Analysis*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1975. Sobre el proceso final hasta Kampala, v. i. a., BARRIGA, Stefan. “Negotiating the Amendments on the Crime of Aggression”, en BARRIGA, Stefan - KREß, Claus, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 3-57.

“si se aplazó el examen del proyecto de código de 1954, fue porque la comunidad internacional esperaba que se definiese el concepto de agresión. Ahora que ya ha sido definido, a costa de una larga labor, algunos pretenden que no hay que remitirse a esa definición porque fue redactada para un órgano político, mientras que el proyecto de código está destinado a un órgano jurisdiccional. A juicio del Relator Especial, no parece posible no tener en cuenta esa definición”²⁸.

La Definición debió recorrer un arduo camino hasta que sus Arts. 1 y 3 fueron finalmente receptados en el párrafo 2 del art. 8 bis del Estatuto de Roma, lo que puede considerarse -al menos en lo que respecta a la competencia de la Corte Penal Internacional, art. 10 del Estatuto de Roma- como reflejo de una *opinio iuris*²⁹ acerca del carácter jurídico de la Definición de la Agresión, máxime cuando el propio art. 8 bis nombra expresamente a la resolución 3314 (XXIX). Así dispone el encabezado del párrafo 2 de dicha norma:

“A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión (...)”.

¿Qué impacto tiene esta recepción en el Estatuto para la Definición? Parte de la doctrina reconoce que, al momento de redactar el art. 8 bis, sus autores recurrieron a la Definición por ser la definición del acto de agresión con más autoridad y aceptación en la comunidad internacional³⁰. Sayapin, por su parte, piensa que si en lugar de referir a la resolución, el Estatuto hubiese solamente reproducido textualmente los arts. 1 y 3 de la Definición, habría elevado dichas disposiciones del rango de *soft law* a derecho convencional³¹. No vemos por qué el mismo razonamiento no puede ser aplicable con la referencia expresa de la resolución: insistimos, la mención de la resolución en un tratado internacional que incluye algunas de sus disposiciones no

(28) CDI. Acta resumida de la 1889ª sesión, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1986, p. 80, párr. 15.

(29) GROVER, Leena. “Interpreting the Crime of Aggression”, en KREß, Claus - BARRIGA, Stefan (Eds.), *op. cit.*, pp. 275-411, p. 399, aunque considera que podría no haber una práctica.

(30) HEINSCH, Robert. “The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, Nº 2 (2010), pp. 713-743, p. 726; KOSTIC, Drew. “Whose Crime is it anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22 (2011), pp. 109-141, p. 118; GILLET, Matthew. “The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, Vol. 13, Nº4 (2013), pp. 829-864, p. 837.

(31) SAYAPIN, Sergej, *op. cit.*, p. 265.

solamente eleva estas últimas al rango convencional, sino también implica reconocer a la resolución misma cierto valor normativo. Compartimos en ese sentido la posición de Stahn, cuando sostiene que la Definición “*became an important cornerstone of the modern practice of defining the crime of aggression through its use in Kampala in 2010*”³².

En suma, no obstante estar contenida en un instrumento no vinculante, que fue aprobado como fruto de un delicado compromiso político, tanto por su reconocimiento jurisprudencial -aunque parcial- como derecho consuetudinario, como por su incorporación convencional al Estatuto de Roma, la Definición de la Agresión es la expresión normativa más completa y acabada que la comunidad internacional tiene sobre el acto de agresión, con efectos jurídicos más allá del ámbito del sistema de seguridad colectiva. En otras palabras, el anexo de la resolución 3314 (XXIX) contiene la definición de la agresión en el derecho internacional contemporáneo. Como veremos, el recurso a la Definición en el contexto de la invasión de Ucrania confirma esta interpretación, pero antes, repasaremos los precedentes de la AG.

II. 2. La Definición en la práctica de la Asamblea General

Si bien la AG tiene una larga práctica en materia de agresión³³, no abundan en sus resoluciones las referencias a la Definición, sino que estas están limitadas a dos cuestiones: la situación en el Oriente Medio -específicamente, los Altos del Golán- y la situación en Namibia.

Respecto de la primera cuestión, la AG aprobó en su noveno período extraordinario de sesiones de emergencia, la resolución ES-9/1³⁴, en la que, recordando

“su resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, en la que definió un acto de agresión como, entre otras cosas “la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él”, y en la que dispuso que “ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión”,

(32) STAHN, Carsten. “From ‘United for Peace’ to ‘United for Justice?’: Reflections on the Power of the United Nations General Assembly to Create Criminal Tribunals or Make Referrals to the ICC”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 55 (2023), pp. 251-286, p. 254.

(33) V. al respecto, COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, UN doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1, pp. 187-197; y GREPPI, Edoardo. “State Responsibility for Acts of Aggression Under the United Nations Charter: A Review of Cases”, en BELLELLI, Roberto (Ed.), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, 2010, pp. 499-518.

(34) Aprobada en la 12ª sesión plenaria, el 5 de febrero de 1982, por 86 votos a favor contra 21 y 34 abstenciones.

declaró

“que la decisión de Israel, de 14 de diciembre de 1981, de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración en el territorio sirio ocupado de las Alturas del Golán constituye un acto de agresión con arreglo a las disposiciones del Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas y a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General”.

La resolución ES-9/1 es muy interesante y contiene muchos elementos para el análisis³⁵, aunque aquí nos limitaremos a las referencias a la Definición, las primeras en una resolución de la AG. Aunque no lo menciona expresamente, su preámbulo cita de manera textual los Arts. 3, inc. a) y 5.3 de la Definición, que ya era citada en un proyecto de resolución presentado al CS³⁶ y que no pudo aprobarse por un veto estadounidense³⁷ -que también se menciona en el preámbulo de la resolución ES-9/1-. En la parte operativa, la AG declara que la decisión israelí constituye un acto de agresión con arreglo al art. 39 de la Carta y la Definición. Más adelante discutiremos los poderes de determinación de la AG, pero es evidente que la mayoría de los miembros entendió que estos existían.

Podemos preguntarnos qué conducta de Israel es la que la AG está calificando como acto de agresión, ya que los actos legislativos de 1981 no parecen caer por sí mismos dentro de la enumeración del art. 3 de la Definición. Las circunstancias de hecho y los debates de la AG muestran que tal decisión fue considerada por la AG como una *anexión*, de allí que el preámbulo de la resolución cite expresamente el art. 3, inc. a) de la Definición. El párrafo 6 de la resolución es más explícito al referirse a *“la continua ocupación desde 1967 del territorio sirio de las Alturas del Golán y su anexión efectiva por Israel el 14 de diciembre de 1981, a raíz de la decisión de Israel de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración en ese territorio”*. De esa forma, pensamos, se tiene que vincular la anexión “efectiva” de las Alturas del Golán a la invasión y ocupación por la fuerza de 1967 o, en todo caso, al mantenimiento de dicha situación por la fuerza en el período posterior. De otro modo, es decir, considerando aisladamente los actos legislativos de 1981, se estaría calificando como agresión a una anexión que no resulta del uso de la fuerza armada³⁸, mientras que el art. 3, inc. a) de la Definición solo parece considerar como acto de agresión a la anexión *“mediante el uso de la fuerza”*. La AG reiteró los mismos términos en las resoluciones 37/123 A, 38/180 A, 39/146 B, 40/168 B, 41/162 B, 42/209 C, 43/54 B, 44/40 y 45/83 B.

(35) V. COUSSIRAT-COUSTERE, Vincent. “Israël et le Golan: problèmes juridiques résultant de la loi du 14 décembre 1981”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 28 (1982), pp. 185-214.

(36) CS. *Jordania: proyecto de resolución revisado*, UN doc. S/14832/Rev. 1.

(37) De hecho, este veto motivó la convocatoria al noveno período extraordinario de sesiones de emergencia por el propio CS, en virtud de la resolución 500 (1982).

(38) BRUHA, Thomas, *op. cit.*, pp. 142-177, p. 169; MCDUGALL, Carrie, *op. cit.*, p. 112.

Más allá de estas disquisiciones, lo más importante para nuestro análisis es que, si bien la Definición fue mencionada en reiteradas oportunidades durante los debates del noveno período extraordinario de sesiones de emergencia, ningún Estado, ni siquiera los que votaron en contra de la resolución, cuestionó su valor jurídico como expresión de la definición de la agresión en el derecho internacional.

Por lo que respecta a la situación en Namibia, en su resolución 37/233 A³⁹, la AG, entre otras cosas, declaró

“que la ocupación ilegal de Namibia por Sudáfrica constituye un acto de agresión contra el pueblo namibiano según la Definición de la agresión que figura en la resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General y apoya la lucha armada del pueblo namibiano, bajo la dirección de la South West Africa People’s Organization, por lograr la libre determinación, la libertad y la independencia nacional en una Namibia unida”.

Reiteró los mismos términos en su resolución 38/36 A, en la que además apoyó la lucha del pueblo namibiano por *“rechazar la agresión de Sudáfrica”*, redacción que se mantendría en las resoluciones 39/50 A, 40/97 A, 41/39 A, 42/14 A y 43/26 A.

En este caso, la calificación resulta mucho más compleja. La propia AG está reconociendo que la víctima de este acto de agresión sería el pueblo namibiano, y pese a invocar la Definición, no tiene en cuenta que el art. 1 de esta explícitamente define a la agresión como el uso de la fuerza de un *Estado contra otro*, y que la situación descrita está expresamente contemplada en el art. 7, que dispone:

“Nada de lo establecido en esta Definición, y en particular en el artículo 3, podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada”.

Se trata de una cláusula “sin perjuicio” que deja a salvo el derecho de los pueblos a la libre determinación y a la lucha de estos cuando son privados por la fuerza de ese derecho⁴⁰, a la vez que confirma que ninguno de los supuestos del art. 3 contempla esta situación.

(39) Aprobada el 20 de diciembre de 1982 por 120 votos contra ninguno y 23 abstenciones.

(40) BROMS, Bengt Baltzar, *op. cit.*, pp. 359-360.

Más difícil de explicar aún es por qué no calificó según la Definición los actos de agresión de Sudáfrica contra sus países vecinos, en especial Angola, que la propia AG condena en la misma resolución⁴¹, y que pueden calificar en el art. 3 de la Definición.

¿Implica la abrumadora mayoría por la que fue aprobada la resolución un cambio en la definición de la agresión en el derecho internacional o, al menos, un cambio en la interpretación de la resolución 3314 (XXIX)? No parece que esa sea la respuesta correcta, a tenor de los ulteriores desarrollos en materia del crimen de agresión y el valor de la Definición al respecto. Creemos más bien que este caso constituye una anomalía⁴², pero lo significativo para nuestro estudio es que la AG recurriera a la Definición para sustentar su calificación.

III. La Definición en la agresión a Ucrania

III. 1. El precedente de Crimea

Las menciones a la Definición de la Agresión en el contexto del conflicto entre Rusia y Ucrania son anteriores a la invasión de 2022, y comenzaron con la anexión de Crimea en 2014.

Aunque no formó parte central del debate en el CS -pudiendo haberlo hecho-, su primera invocación vino de la mano del representante de Jordania⁴³, quien en la 7125ª sesión (3 de marzo de 2014) propuso que el CS investigara la situación para evaluar si se estaba cometiendo un acto de agresión contra el territorio de Ucrania:

“En ese sentido, nos remitiríamos a la resolución 3314 (XXIX), en la que el uso de la fuerza armada por un Estado contra el territorio de otro Estado fuera del ámbito del acuerdo concertado entre los dos países se considera un acto de agresión. Lo mismo se aplica al envío de grupos armados irregulares para que participen en acciones militares en otro Estado”⁴⁴.

(41) V. preámbulo y párrafo 19 de la resolución.

(42) Que, no obstante, no llama la atención a ninguno de los pocos autores que se hacen eco de la resolución (MCDOUGALL, Carrie, *op. cit.*, p. 112; O’CONNELL, Mary Ellen - NIYAZMATOV, Mirakmal. “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, Nº1 (2012), pp. 189-207, p. 195, nota 29).

(43) El representante de Jordania era el príncipe Zeid Ra’ad Zeid Al-Hussein, quien pocos meses después resultaría electo Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y que fue uno de los artífices de las enmiendas de Kampala sobre el crimen de agresión en 2010. De allí que su mención a la Definición pueda verse como un esfuerzo para defender su vigencia.

(44) CS. *Acta literal de la 7125ª sesión*, UN doc. S/PV.7125, p. 9.

El representante de Ucrania fue el único que se hizo eco de esta mención al señalar el anexo de la

“resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, en el que se define el concepto de agresión. En el artículo 3 del anexo figura una lista no exhaustiva de lo que podría considerarse como un acto de agresión. En la lista se establece la eventualidad de que si, dentro del territorio de un Estado -por ejemplo, Ucrania- las fuerzas armadas de otro Estado -por ejemplo, Rusia y, en este caso, la flota del mar Negro- están presentes con el consentimiento del Estado receptor y se especifican el número y la ubicación permitidos de los efectivos, y se comete una violación en relación con el número y la ubicación especificados de los efectivos sin el consentimiento del país receptor, ese es un acto de agresión. [...] ha habido un incremento del número de militares rusos dentro de nuestro territorio, en violación de todos nuestros acuerdos. Esa es una agresión”⁴⁵.

Resulta curioso que el representante de Ucrania se refiriera al art. 3, inc. e) de la Definición, un complejo supuesto de acto de agresión⁴⁶, que es definido como *“La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo”*, pero que luego de la anexión de Crimea no se refiriera al art. 3, inc. a) que, como vimos, califica a la anexión como un acto de agresión.

Consumada la anexión de Crimea luego del denominado “referéndum” del 14 de marzo de 2014, el CS no fue capaz de aprobar un proyecto de resolución condenatorio debido al veto ruso, y la AG aprobó la resolución 68/262, pero ninguno de los dos textos contenía referencias a la Definición.

Sin embargo, a finales de 2018, la Definición reflató en este contexto, tanto en la AG como en el CS.

En la Tercera Comisión de la AG se presentó el 31 de octubre un proyecto de resolución, sobre la *“Situación de los derechos humanos en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania)”⁴⁷*, que en su preámbulo incluía el siguiente párrafo: *“Recordando su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974”⁴⁸*. Durante el debate en la Comisión, solo el representante de Rusia se hizo eco de este pasaje:

(45) *Ibidem*, p. 20.

(46) BROMS, Beng Baltzar, *op. cit.*, p. 352; KREß, Claus. “The State Conduct Element”, en KREß, Claus - BARRIGA, Stefan (Eds.), *op. cit.*, pp. 412-564, p. 445.

(47) La AG ya había aprobado las resoluciones 71/205 y 72/190 sobre la cuestión, pero sin referencias a la Definición.

(48) Resolución 73/263, preámbulo, quinto párrafo.

“Los patrocinadores del proyecto de resolución intentan obstinadamente describir la situación en Crimea como un conflicto armado, empleando términos como “anexión” y “ocupación” y haciendo referencia a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General sobre la definición de agresión. El uso de esa terminología demuestra que Ucrania está librando una guerra implacable contra Rusia por cuarto año consecutivo, tiempo que duró la Segunda Guerra Mundial. Hasta ahora, Rusia no ha participado en esa guerra y es poco probable que lo haga, ya que nadie en Rusia está dispuesto a luchar contra sus parientes consanguíneos, el pueblo ucraniano”⁴⁹.

Sin perjuicio de que el tiempo desmintió sus declaraciones, es importante la vinculación que hizo entre la mención a la Definición -cuyo valor jurídico no negó- y los términos “ocupación” y “anexión” que también se encontraban en el proyecto, que fue aprobado por la Tercera Comisión y luego por el Plenario de la AG, como resolución 73/263⁵⁰. En efecto, la AG actúa en el preámbulo “Condenando la persistente ocupación temporal por la Federación de Rusia de parte del territorio de Ucrania -la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (en adelante, “Crimea”)-, y reafirmando que no se reconocerá su anexión”⁵¹, mientras que en el tercer párrafo operativo, “Condena todos los intentos de la Federación de Rusia de legitimar o normalizar su tentativa de anexión de Crimea, entre otros, la imposición automática de la ciudadanía rusa y las campañas electorales ilegales”. Tal como lo adelantaba el representante de Rusia, la “ocupación, aún temporal”, y la “anexión”, son actos de agresión según el art. 3, inc. a) de la Definición, pero lo que sorprende es que la AG no utilice la palabra “agresión” en todo el texto de la resolución, ni siquiera para referirse a la Definición, quedando la referencia en el preámbulo casi como una anomalía.

En el CS, a raíz del incidente naval en el estrecho de Kerch que involucró a tres buques ucranianos con fuerzas rusas el 25 de noviembre de 2018, el representante de Ucrania sostuvo en la 8410^a sesión:

“Rusia cometió un acto de agresión militar abierta contra Ucrania cuando atacó tres embarcaciones militares contra las que abrió fuego y a las que después apresó. Deseo recordar a todos que, de conformidad con el apartado d) del artículo 3 del anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, ‘el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea’ se califica como un acto de agresión”⁵².

(49) AG. 73° período de sesiones. Documentos oficiales. Tercera Comisión. Acta resumida de la 49^a sesión, UN doc. A/C.3/73/SR.49 párr. 64.

(50) Aprobada el 21 de diciembre de 2018, por 65 votos contra 27 y 70 abstenciones.

(51) Resolución 73/263, preámbulo, noveno párrafo.

(52) CS. Acta literal de la 8410^a sesión, UN doc. S/PV.8410, p. 12

Aunque en el CS no hubo mayores repercusiones sobre esta invocación, es significativo que en el procedimiento arbitral iniciado por Ucrania en virtud de la Parte XV de la CONVEMAR a raíz del mismo incidente, Rusia hiciera expresa mención a esta declaración para sostener que se trató de “actividades militares” en el sentido del art. 298 de la Convención y, por lo tanto, excluidas de la competencia del tribunal arbitral⁵³, sin cuestionar el valor jurídico de la Definición.

Al año siguiente, la AG aprobó la resolución 74/17⁵⁴, sobre el “Problema de la militarización de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania), así como partes del mar Negro y el mar de Azov”⁵⁵. En su preámbulo, nuevamente actuó “Recordando su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974”⁵⁶ y “Condenando la persistente ocupación temporal por la Federación de Rusia de parte del territorio de Ucrania, a saber, la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (en adelante, “Crimea”), y reafirmando que no se reconoce su anexión”⁵⁷, mientras que en su parte operativa, entre otras cosas, instó “a la Federación de Rusia, en su calidad de Potencia ocupante, a que retire sus fuerzas militares de Crimea y ponga fin sin demora a su ocupación temporal del territorio ucraniano”⁵⁸ y exhortó “a todos los Estados Miembros a que cooperen con las Naciones Unidas para alentar y apoyar los esfuerzos por poner fin a la ocupación rusa de Crimea lo antes posible y a que se abstengan de todo trato con la Federación de Rusia en relación con Crimea que sea incompatible con ese objetivo”⁵⁹. Caben las mismas consideraciones que realizáramos respecto de la resolución 73/263: no utiliza la palabra “agresión” en todo su texto, pese a calificar la situación con dos términos que constituyen actos de agresión en virtud de la Definición. Asimismo, al exhortar a los Estados Miembros a apoyar los esfuerzos para “poner fin” a la ocupación y a abstenerse de todo trato con Rusia con relación a Crimea, parece evocar los deberes del art. 41 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante, el Proyecto de 2001)⁶⁰, con relación a violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas. Es

(53) PCA-CPA. *Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen*, Preliminary Objections of the Russian Federation, <https://pcacases.com/web/sendAttach/32146>, párr. 49.

(54) Aprobada el 9 de diciembre de 2019, por 63 votos contra 19 y 66 abstenciones.

(55) Con anterioridad, la AG había aprobado la resolución 73/194, que no citaba la Definición.

(56) Resolución 74/17, preámbulo, sexto párrafo.

(57) *Ibidem*, preámbulo, séptimo párrafo.

(58) *Ibidem*, párrafo 16.

(59) *Ibidem*, párrafo 17.

(60) Que dispone: “1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40. 2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. 3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”.

decir, la AG parece estar dando todos los indicios de que la anexión de Crimea es un acto de agresión, pese a no calificarla con ese expreso término.

En el mismo período de sesiones, volvió a aprobar una resolución sobre la situación de derechos humanos en Crimea, pero esta vez, con dos menciones a la Definición en su preámbulo. Así, la resolución 74/168⁶¹, además de recordar la resolución 3314 (XXIX)⁶² y referirse a la ocupación y anexión de Crimea⁶³, actuó *“Recordando que, de conformidad con su resolución 3314 (XXIX), ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal”*⁶⁴. A través de la paráfrasis del art. 5.3 de la Definición, la AG incluyó por primera vez la palabra “agresión” en este contexto, aunque nuevamente, sin calificar expresamente la anexión de Crimea como un acto de agresión.

En su siguiente período de sesiones, la AG aprobó sendas resoluciones sobre ambos temas: la resolución 75/29⁶⁵, sobre la militarización de Crimea, y la resolución 75/192⁶⁶, sobre la situación de derechos humanos. En lo que a nosotros interesa, contienen las mismas menciones a la Definición y a la ocupación y anexión de Crimea, con la particularidad que en el preámbulo de la resolución 75/29, ahora la AG recuerda *“su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, en cuyo anexo se establece, entre otras cosas, que ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal”*⁶⁷, una paráfrasis más precisa del art. 5.3 de la Definición, que se encuentra en el anexo de la resolución 3314 (XXIX). Asimismo, durante la sesión en la que se aprobó la resolución 75/192, el representante de Ucrania citó la definición con un matiz histórico:

*“el 14 de diciembre, se cumplió el aniversario del momento en que, en 1939, la antigua Unión Soviética fue expulsada de la Sociedad de las Naciones por haber perpetrado crímenes de agresión contra su vecino, el pacífico Estado de Finlandia. Curiosamente, el mismo día en que Moscú atacó Helsinki, solo que 35 años después, la Asamblea General aprobó la Definición de la agresión (resolución 3314 (XXIX), anexo)”*⁶⁸.

(61) Aprobada el 18 de diciembre de 2019, por 65 votos contra 23 y 83 abstenciones.

(62) Resolución 74/168, preámbulo, sexto párrafo.

(63) *Ibidem*, preámbulo, décimo párrafo y párrafo 3.

(64) *Ibidem*, preámbulo, undécimo párrafo.

(65) Aprobada el 7 de diciembre de 2020, por 63 votos contra 17 y 62 abstenciones.

(66) Aprobada el 16 de diciembre de 2020, por 64 votos contra 23 y 86 abstenciones.

(67) Resolución 75/29, preámbulo, octavo párrafo.

(68) AG. 75° período de sesiones. Documentos oficiales. 46ª sesión plenaria, UN doc. A/75/PV.46,

En el 76° período de sesiones, la AG volvió a aprobar dos resoluciones, manteniendo las referencias a la Definición: la resolución 76/70⁶⁹, sobre la militarización de Crimea, y la resolución 76/179⁷⁰, sobre la situación de derechos humanos.

III.2. Las menciones a la Definición en el Consejo de Seguridad

Con el inicio de la “operación militar especial” el 24 de febrero de 2022, la Definición volvió a los debates del CS. La primera mención fue en la víspera de la invasión, en la 8974^a sesión, en la que el representante de México advirtió: *“De darse una invasión, ello constituiría un acto de agresión, de conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General”*⁷¹. Dos días después, en la 8979^a sesión, ante el hecho consumado, nuevamente el representante de México fue quien recordó la Definición, al señalar:

*“estamos ante la invasión de un país soberano por parte de otro, lo que representa una flagrante violación al Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, y constituye, además, una agresión en los términos de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, aprobada por todos los miembros de las Naciones Unidas”*⁷².

En septiembre de 2022, a raíz de los “referendos” en Donetsk, Luhansk, Khersón y Zaporizhzhia, tras los que Rusia decidió anexionar esos territorios, nuevamente se volvió a invocar la Definición en el CS. Así, el representante de Albania sostuvo en la 9138^a sesión:

*“De conformidad con el párrafo a) del artículo 3 del anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, “toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado” es en sí misma un acto de agresión. Los referendos falsos son contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, a las resoluciones de las Naciones Unidas y al derecho internacional”*⁷³.

III.3. La Definición en las resoluciones y debates de la Asamblea General

Llevado el asunto a la AG en virtud del mecanismo de la resolución 377 A (V), “Unión pro Paz”⁷⁴, hubo varias menciones a la Definición en los debates del undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia.

(69) Aprobada el 9 de diciembre de 2021, por 62 votos contra 22 y 55 abstenciones.

(70) Aprobada el 16 de diciembre de 2021, por 65 votos contra 25 y 85 abstenciones.

(71) CS. *Acta literal de la 8974ª sesión*, UN doc. S/PV.8974, pp. 11-12.

(72) CS. *Acta literal de la 8979ª sesión*, UN doc. S/PV.8979, p. 5.

(73) CS. *Acta literal de la 9138ª sesión*, UN doc. S/PV.9138, p. 7.

(74) Convocado por resolución 2623 (2022) del CS.

En la primera sesión, el representante de Georgia declaró:

“El uso de la fuerza armada por parte de un Estado Miembro de las Naciones Unidas contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado Miembro viola el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y constituye un acto de agresión, tal como se define en la resolución 3314 (XXIX), que se aprobó por consenso. Lo que presenciamos en Ucrania es un acto de agresión por parte de Rusia y lo condenamos”⁷⁵.

En la segunda sesión, el representante de Liechtenstein⁷⁶ se solidarizó “plena-mente con el pueblo ucraniano y expresa el mayor respeto al liderazgo personal de sus dirigentes políticos. Con una valentía increíble, están resistiendo un ataque brutal y no provocado contra su país, un acto de agresión intolerable que vulnera directamente la Carta de las Naciones Unidas: una agresión que esta misma Asamblea definió por consenso en 1974 (resolución 3314 (XXIX)), en plena Guerra Fría”⁷⁷. Y agregó:

“Además, los actos de agresión, según la definición de la Asamblea, incluyen ‘[L]a acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado’. Esto también entraña la responsabilidad penal individual de quienes ocupan puestos de liderazgo”⁷⁸.

Es importante que ambos oradores destacaran la adopción por consenso de la Definición y la cita de su art. 3, inc. f) por parte del representante de Liechtenstein. Evidentemente se refiere a la posición de Belarús, que analizaremos más adelante.

En la misma sesión, el representante de México volvió a mencionar la Definición:

“México reitera su respeto a la soberanía, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente y condena los actos de agresión de los que ha sido objeto, en flagrante violación del derecho internacional, de la Carta de las Naciones Unidas y de las resoluciones 2625 (XXV) y 3314 (XXIX)”⁷⁹.

(75) AG. 11º período extraordinario de sesiones de emergencia. 1ª sesión plenaria, UN doc. A/ES-11/PV.1, p. 16.

(76) No es casual que el Embajador Christian Wenaweser haya mencionado la Definición, puesto que él también fue uno de los artífices de la adopción de las enmiendas de Kampala en 2010. De allí que también hiciera hincapié en la responsabilidad penal individual por agresión.

(77) AG. 11º período extraordinario de sesiones de emergencia. 2ª sesión plenaria, UN doc. A/ES-11/PV.2, p. 6.

(78) *Ibidem*, pp. 6-7.

(79) *Ibidem*, p. 11.

En la quinta sesión la AG adoptó, por 141 votos a favor, 5 en contra⁸⁰ y 35 abstenciones, la resolución ES-11/1, titulada “Agresión contra Ucrania”. Por ser la primera y más importante resolución adoptada en el undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia, amerita un análisis particular en lo que respecta a la Definición.

Así, en su preámbulo, la AG actúa

“Recordando además su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, en la que se define la agresión como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta”⁸¹.

Vemos aquí directamente una cita del art.1 de la Definición, con expresa mención a la resolución 3314 (XXIX), en lo que constituye la primera referencia al art. 1 en una resolución de la AG desde la aprobación de la Definición.

En el segundo párrafo operativo de la resolución, la AG *“Deplora en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del artículo 2 4) de la Carta”*. Hay así una clara y contundente condena de la agresión, con indicación del autor y de la víctima, lo que no deja lugar a dudas respecto de la posición de la AG en el asunto. Podemos preguntarnos, no obstante, si se trata de un acto de determinación -en el sentido del art. 39 de la Carta- de parte de la AG.

Aunque no es nuestro propósito en este artículo desarrollar las funciones de la AG en virtud del mecanismo de la resolución “Unión pro Paz”, sí debemos aclarar que participamos de la posición doctrinaria que reconoce el poder de determinación en cabeza de la AG⁸².

Sostenemos esta posición, en primer lugar, porque la determinación de un acto de agresión es indudablemente una “cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, en el sentido del art. 11 de la Carta. A mayor abundamiento, el propio art. 1.1 de la Carta, al formular el principal propósito de la Organización específica que incluye tomar medidas colectivas eficaces “para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz”, y no limita las competencias a tal efecto a algún órgano en particular. La omisión de mencionar a la agresión en el art. 11 no puede llevar a sostener que esta está excluida de la competencia de la AG, toda vez que la norma dice “toda” cuestión. Tampoco apa-

(80) Rusia, Belarús, Siria, la República Popular Democrática de Corea y Eritrea.

(81) Resolución ES-11/1, preámbulo, séptimo párrafo.

(82) En el mismo sentido, CASSAN, Hervé. “Article 11, Paragraphes 2 et 3”, en COT, Jean Pierre - PELLET, Alain (Dir.), *op. cit.*, tomo I, pp. 661-676, p. 669; KLEIN, Eckart - SCHMAHL, Stefanie. “Article 11”, en SIMMA, Bruno *et al.* (Eds.), *op. cit.*, Vol. I, pp. 491-506, p. p. 503.

rece abarcada por las limitaciones del artículo. Si bien una agresión puede ser una cuestión que requiera “acción” en el sentido del art. 11.2, la determinación de su existencia no constituye “acción” en ese sentido y puede ser realizada por la AG⁸³, máxime en circunstancias en las que, como en el caso bajo examen, el CS no está desempeñando su responsabilidad primordial.

En ese sentido, advertimos que en la resolución 377 A (V) esta cuestión surge con más claridad, puesto que, toda vez que la resolución fue dictada reconociendo que para que la AG pueda cumplir con sus responsabilidades “*es preciso que exista la posibilidad de realizar una labor de observación que permita comprobar los hechos y desenmascarar a los agresores*” (negrita añadida), que su mecanismo se activa cuando el CS deja de cumplir su responsabilidad primordial “*en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión*” (negrita añadida), y que faculta a la AG a examinar de inmediato el asunto “*con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión...*” (Negrita añadida). Aunque la facultad de determinación no es mencionada expresamente, si puede hacer las recomendaciones apropiadas en “todo” caso en que resulte haber alguna de las categorías del art. 39 de la Carta, está implícito que también puede determinar su existencia⁸⁴, puesto que sería un absurdo pretender que el mecanismo solamente pudiera activarse si el CS, que no puede reunir la unanimidad de sus miembros permanentes para adoptar alguna medida, hubiese determinado *previamente* -con la misma unanimidad- la existencia de alguna de estas categorías en el caso en cuestión.

En la misma quinta sesión, solo el representante del Irán se opuso a esta idea al justificar su abstención en la votación, y mencionando también la Definición:

*“la Asamblea General no se encuentra en condiciones de determinar la existencia de un acto de agresión, ya que, según se recoge en el Artículo 39 de la Carta y en la resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, el Consejo de Seguridad es el órgano llamado a hacerlo”*⁸⁵.

Si bien ninguna delegación respondió a este argumento, la abrumadora mayoría por la que se aprobó la resolución parece indicar que no se trata de una posición compartida por los Miembros de las Naciones Unidas.

(83) MCDUGALL, Carrie. “When Law and Reality Clash - The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court’s Jurisdiction over the Crime of Aggression”, *International Criminal Law Review*, Vol. 7, Nº 2 (2007), pp. 277-333, p. 289.

(84) *Ibidem*, p. 290.

(85) AG. 11º período extraordinario de sesiones de emergencia. 5ª sesión plenaria, UN doc. A/ES-11/PV.5, p. 21.

Así, podemos considerar a la resolución ES-11/1 como la determinación de la existencia de un acto de agresión, aun cuando la AG no diga “determina” o “declara” como en su práctica anterior. Para ello nos basamos principalmente en la referencia a la Definición en el preámbulo: la “agresión” de Rusia contra Ucrania que la AG deplora, no puede ser otra que la definida en la resolución 3314 (XXIX) que se recuerda en el preámbulo; es, por tanto, un concepto jurídico que la AG está determinando en el caso concreto. Pensamos que esta conclusión tiene un importante efecto. Aunque, como veremos, las resoluciones ulteriores del undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia no contienen referencias explícitas a la Definición, todas ellas mencionan la agresión rusa. Resulta evidente, entonces, que cada vez que la AG condena dicha agresión, lo hace en el marco de la calificación jurídica que realizó en la resolución ES-11/1, con expresa invocación de la resolución 3314 (XXIX).

Puede resultar cuestionable la última parte del párrafo al aclarar que la agresión rusa está “en contravención del Artículo 2 4) de la Carta”, puesto que la agresión es, por definición, una violación -la más grave- del art. 2.4 y, por lo tanto, el texto resulta redundante.

Pero la resolución ES-11/1 contiene otra referencia, aunque implícita, a la Definición, en su párrafo 10, en que la AG deploró: “*la participación de Belarús en este uso ilícito de la fuerza contra Ucrania y exhorta al país a que cumpla sus obligaciones internacionales*”. No podemos dejar de ver esta condena a la luz del art. 3, inc. f) de la Definición, que caracteriza como un acto de agresión “*La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado*”. En nuestra opinión, esta condena de la AG a la conducta de Belarús puede ser encuadrada dentro de la disposición⁸⁶, de la cual, como lo señala la doctrina, no existían ejemplos en la práctica⁸⁷.

Tras los denominados referendos de septiembre de 2022, y la anexión de las regiones de Donetsk, Luhansk, Khersón y Zaporizhzhia por parte de Rusia, nue-

(86) Antes de la aprobación de la resolución ES-11/1, Reetz ya consideró la participación de Belarús encuadrada en el supuesto del Art. 3, inc. f) de la Definición (REETZ, Nicklas. “Belarus is Complicit in Russia’s War of Aggression”, *EJIL Talk!*, 1 de marzo de 2022, <https://www.ejiltalk.org/belarus-is-complicit-in-russias-war-of-aggression/>). Trahan también advirtió la relevancia del Art. 3, inc. f) para la situación de Belarús, aunque no hizo referencia a la resolución ES-11/1 (TRAHAN, Jennifer. “Revisiting the History of the Crime of Aggression in Light of Russia’s Invasion of Ukraine”, *ASIL Insights*, Vol. 26, N°2 (26 de abril de 2022), https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_Insights_2022_V26_I2.pdf, p. 3. También Ucrania invocó la disposición en sus observaciones al informe de la Misión de la OSCE sobre violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos de 13 de abril de 2022 (OSCE. *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022*, ODIHR.GAL/26/22/Rev.1, Comentarios de Ucrania, párr. 3).

(87) KREß, Claus, *op. cit.*, pp. 445-448.

vamente hubo menciones a la Definición en el undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia.

Al abrir la duodécima sesión, el Presidente de la AG declaró:

“La agresión es ilícita. En la resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, se define la agresión como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. Esos actos se consideran incompatibles con la Carta. Invasión a un vecino es ilícito”⁸⁸.

En la misma sesión, nuevamente el representante de Liechtenstein invocó la Definición:

“La Asamblea estableció por unanimidad en 1974, en plena Guerra Fría, una definición de agresión. El primero de los actos que figuran en esa definición es: ‘La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado [...], o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él’ (Resolución 3314 (XXIX), anexo, artículo 3 a)”.

El intento de Rusia de anexionarse por la fuerza territorio ucraniano es, por consiguiente, el más reciente acto constitutivo de una agresión, para el que el derecho internacional prevé una responsabilidad penal individual, responsabilidad que recae sobre los dirigentes rusos⁸⁹

Una vez más, el embajador Wenaweser se esfuerza por recordar la vigencia de la Definición y sus consecuencias en el derecho internacional. No podemos dejar de ver la referencia a la responsabilidad penal individual no solo como un recordatorio de sus esfuerzos personales por la criminalización de la agresión, sino también a la luz del art. 5.2 de la Definición, que dispone: *“La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional”⁹⁰.*

En la 14ª sesión, la AG aprobó, por 143 votos a favor, 5 en contra⁹¹ y 35 abstenciones, la resolución ES-11/4 que no contiene, como adelantamos, una referencia explícita a la Definición, pero que amerita ciertos comentarios. En primer lugar, insistimos, la determinación de la resolución ES-11/1 no ha cambiado y todas las referencias a la “agresión” que nos haga la AG, se rigen por la calificación jurídica que ella misma efectuó a la luz de la Definición. En segundo lugar, en su preámbulo, la AG hace notar

(88) AG. 11º período extraordinario de sesiones (de emergencia. 12ª sesión plenaria, UN doc. A/ES-11/PV.12, p. 2.

(89) *Ibidem*, p. 23.

(90) Sobre el significado de la disposición, v. PEZZANO, Luciano, *op. cit.* en nota 5, pp. 300-21.

(91) Rusia, Belarús, Siria, Nicaragua y la República Popular Democrática de Corea.

“la declaración formulada por el Secretario General el 29 de septiembre de 2022 en la que recordó que toda anexión del territorio de un Estado por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza constituye una violación de los principios de la Carta y el derecho internacional”⁹².

Llama la atención que la AG refiera a una declaración del SG⁹³ en lugar de recurrir a sus propias resoluciones normativas en la materia. Es verdad que el preámbulo también invoca la resolución 2625 (XXV)⁹⁴, pero la Definición -como se dijo tanto en el CS como en el debate en la AG- específicamente califica como agresión a la anexión en su art. 3, inc. a), mientras que en su art. 5.3 reproduce el mismo principio de la resolución 2625 (XXV): *“Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal”⁹⁵*, que la propia AG ya venía parafraseando, como vimos, en sus resoluciones sobre Crimea.

Por otra parte, en la parte operativa, la resolución establece, entre otras cosas, lo siguiente:

“2. Condena el hecho de que la Federación de Rusia haya organizado “referendos”, ilegales en sí, en regiones situadas dentro de las fronteras de Ucrania reconocidas internacionalmente y el intento de anexión ilegal de las regiones ucranianas de Donetsk, Khersón, Luhansk y Zaporizhzhia tras haber organizado los citados referendos;

3. Declara que los actos ilícitos de la Federación de Rusia con respecto a los mal llamados “referendos”, ilegales en sí, celebrados del 23 al 27 de septiembre de 2022 en ciertas partes de las regiones ucranianas de Donetsk, Khersón, Luhansk y Zaporizhzhia que están o han estado parcialmente bajo el control militar temporal de la Federación de Rusia, y el consiguiente intento de anexión de esas regiones, contrario a derecho, no

(92) Resolución ES-11/4, preámbulo, séptimo párrafo.

(93) GUTERRES, Antônio. “Secretary-General’s remarks on Russian decision on annexation of Ukrainian territory”, 29 de septiembre de 2022, disponible en <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2022-09-29/secretary-generals-remarks-russian-decision-annexation-of-ukrainian-territory-delivered>.

(94) *“Reafirmando el principio del derecho internacional consuetudinario, que reformuló en su resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, titulada ‘Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas’, de que no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza”* (resolución ES-11/4, preámbulo, segundo párrafo).

(95) Desde antes de la anexión, y ya con el “reconocimiento” de Rusia de las “repúblicas” del Este de Ucrania previo al comienzo de la agresión, la doctrina calificaba este acto como una violación de la regla del Art. 5.3 de la Definición (LOBO, Francisco. “Inherit the Wind: Collective Security, Non-recognition, and Russia’s War of Aggression against Ukraine”, *Opinio Juris*, 11 de abril de 2022, <http://opiniojuris.org/2022/04/11/inherit-the-wind-collective-security-non-recognition-and-russias-war-of-aggression-against-ukraine/>; WELLER, Marc. “Ukraine: How to End the War”, *Opinio Juris*, 11 de marzo de 2022, <http://opiniojuris.org/2022/03/11/ukraine-how-to-end-the-war/>).

tienen validez alguna según el derecho internacional ni sirven de base para modificar de ninguna manera el estatuto de esas regiones de Ucrania;

4. *Exhorta a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados de las Naciones Unidas a que no reconozcan ninguna modificación del estatuto de alguna de las regiones ucranianas de Donetsk, Khersón, Luhansk o Zaporizhzhia o de todas ellas que haga la Federación de Rusia, y a que se abstengan de todo acto u operación que pudiera interpretarse como un reconocimiento de ese estatuto modificado”.*

Aunque no vuelve a mencionar la palabra “agresión”, deja en claro que el “intento de anexión”⁹⁶ es ilegal y no tiene validez jurídica alguna. Nada hay que nos impida leer esos términos a la luz del art. 3, inc. a) de la Definición y, por lo tanto, pensar que la AG considera como un acto de agresión a dicha anexión. Pensamos que la exhortación al no reconocimiento en el párrafo 4 confirma esta interpretación, por cuanto se trata de una de las obligaciones derivadas de una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general, a tenor del art. 41.2 del Proyecto de 2001, y del art. 42.2 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales. Si la AG exhortó tanto a Estados como organizaciones internacionales al no reconocimiento de los efectos de la anexión, es porque consideró que se trata de una “situación creada por una violación grave”, y esta violación grave no es otra que la anexión, un acto de agresión⁹⁷, ejemplo paradigmático de este tipo de violaciones en el derecho internacional.

En la 15ª sesión, nuevamente el representante del Irán se refirió a la presunta incompetencia de la AG para determinar la existencia de un acto de agresión:

“El proyecto de resolución A/ES-11/L.6 contiene lenguaje ajeno al ámbito de competencia de la Asamblea General, ya que, según el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea General no tiene autoridad para determinar la existencia de un acto de agresión. Por otro lado, en la resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de

(96) En realidad, se trata de una anexión y no solo de un “intento”. Es por eso que compartimos la apreciación de Corten y Koutroulis: *“This language is in reality more political than legal and points to a misunderstanding between the reality of the annexation itself and the question of whether there is a change of sovereignty over the annexed territories as a result of the annexation. The first of course does not imply the second. In our view, there was an annexation by Russia of the four eastern Ukrainian regions as much as there was an annexation of Crimea in 2014. This of course does not alter the fact that this annexation is illegal or that the sovereignty over these regions still belongs to Ukraine. The term ‘forcible annexation’ better reflects the text of Art. 3 of UNGA Res. 3314”* (CORTEN, Olivier - KOUTROULIS, Vaios. “The 2022 Russian intervention in Ukraine: What is its impact on the interpretation of jus contra bellum?”, *Leiden Journal of International Law* (2023), pp. 1-26, nota 107).

(97) V. CORTEN, Olivier KOUTROULIS, Vaios, *op. cit.*, p. 20.

1974, basada en ese mismo artículo de la Carta, se exhorta al Consejo de Seguridad a que determine la existencia de un acto de agresión”⁹⁸.

Aunque ya abordamos las razones por las que la AG sí es competente en la materia, el planteo es interesante, puesto que encuadra el proyecto -aprobado luego como resolución ES-11/5⁹⁹- dentro de la cuestión de determinación, pese a que no realiza ningún acto expreso en ese sentido ni invoca la Definición, confirmando así nuestra intuición que todas las resoluciones adoptadas luego de la resolución ES-11/1 se hacen bajo la determinación inicial allí efectuada por la AG.

En diciembre de 2022, la AG volvió a adoptar, en el marco de su 77° período ordinario de sesiones, una resolución sobre la situación de derechos humanos en Crimea, la resolución 77/229¹⁰⁰, en la que, además de invocar la Definición¹⁰¹ -como ya lo venía haciendo-, también condenó la agresión en los mismos términos que la resolución ES-11/1.

Al cumplirse un año de la invasión, la AG reanudó su undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia, y en la 17ª sesión encontramos dos menciones a la Definición.

Nuevamente, el embajador Wenaweser, en nombre de Liechtenstein, hizo hincapié en la responsabilidad penal individual por el crimen de agresión:

“La Asamblea General reconoció la responsabilidad penal individual por el crimen contra la paz -precursor del crimen de agresión- como derecho internacional consuetudinario ya en 1946. En 1974 definió, por consenso, lo que son actos de agresión (resolución 3314 (XXIX)). En el último año ha determinado en dos ocasiones, por inmensa mayoría, que la Federación de Rusia ha cometido una agresión contra Ucrania”¹⁰².

Se refiere así a la resolución 95 (I), por la que la AG reafirmó los principios del Estatuto y la sentencia del Tribunal de Núremberg, aunque no nombra ninguno de los crímenes de competencia del Tribunal.

Por su parte, el representante de México hizo un llamado *“a las partes para renovar esfuerzos que permitan lograr el cese de las hostilidades y poner fin a las violaciones del*

(98) AG. 11° período extraordinario de sesiones de emergencia. 15ª sesión plenaria, UN doc. A/ES-11/PV.15, pp. 25-26.

(99) Por 94 votos a favor, 14 en contra (entre ellos, el de Irán) y 73 abstenciones.

(100) Aprobada el 15 de diciembre de 2022, por 82 votos contra 14 y 80 abstenciones. Es significativo el aumento de votos a favor con relación a las anteriores resoluciones sobre la cuestión.

(101) Resolución 77/229, preámbulo, sexto párrafo.

(102) AG. 11° período extraordinario de sesiones de emergencia. 17ª sesión plenaria, UN doc. A/ES-11/PV.17, p. 32.

Artículo 2 de la Carta y a aquellas acciones que contravengan la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General¹⁰³.

III. 4. La Definición en las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos

El 4 de marzo de 2022, durante su 49º período de sesiones, el CDH aprobó¹⁰⁴ la resolución 49/1, titulada “Situación de los derechos humanos en Ucrania a raíz de la agresión rusa”, en la que “Recordando también la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, titulada ‘Definición de la agresión’¹⁰⁵, condenó “en los términos más enérgicos posibles los abusos y violaciones de los derechos humanos y las vulneraciones del derecho internacional humanitario resultantes de la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania”.

Debemos resaltar que se trata de la primera resolución, en dieciséis años de historia del CDH, en la que se invoca la Definición¹⁰⁶. Allí el CDH vincula los derechos humanos con la agresión, indicando que las violaciones a aquellos “resultan” de esta, una relación muy interesante y poco explorada en la doctrina¹⁰⁷. Podemos preguntarnos por qué el CDH recurre a la Definición: ¿podría estar determinando la existencia de un acto de agresión? No obstante la vinculación que establece con la violación de derechos humanos, no creemos que su competencia, establecida en la resolución 60/251 de la AG, se extienda hasta la determinación de la agresión. En ese sentido, considerando que la resolución 49/1 acogió con beneplácito la resolución ES-11/1¹⁰⁸, pensamos que el CDH simplemente está tomando la determinación que efectuó la AG y la referencia a la Definición -también presente en aquella- constituye un apoyo jurídico a dicha determinación.

La resolución 49/1 creó también una comisión internacional de investigación con el mandato de, entre otras cosas, investigar los abusos y violaciones de los derechos humanos, vulneraciones del derecho internacional humanitario y delitos conexos

(103) *Ibidem*, p. 39.

(104) Por 32 votos contra 2 y 13 abstenciones.

(105) Resolución 49/1, preámbulo, quinto párrafo.

(106) La Comisión de Derechos Humanos había citado la resolución 3314 (XXIX) en numerosas oportunidades, desde 1975 (con la resolución 6 (XXXI), relativa a la Cuestión de la violación de los derechos humanos en los territorios ocupados como resultado de las hostilidades en el Oriente Medio) hasta 1998 (con la resolución 1998/4, relativa a la Situación en la Palestina ocupada), en su mayoría sobre cuestiones relacionadas con la situación en el Oriente Medio, pero también, durante los años '80, con la situación en el África meridional.

(107) PEZZANO, Luciano. “La agresión como violación de derechos humanos: algunas reflexiones a partir de la invasión a Ucrania”, ponencia presentada en el XIV Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal, Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNICEN, Azul, Prov. de Buenos Aires, 11 y 12 de noviembre de 2022.

(108) Resolución 49/1, preámbulo, sexto párrafo.

en el contexto de la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania. En uno de sus informes, la comisión incluyó la siguiente evaluación:

“In line with its independence and impartiality, the Commission has assessed whether the situation in Ukraine is an act of “aggression against Ukraine by the Russian Federation”, as stated in resolution 49/1. In accordance with the definition of aggression provided in General Assembly resolution 3314 (XXIX), it has found reasonable grounds to conclude that the invasion and Russian armed forces’ attacks against Ukraine’s territory and armed forces qualify as acts of aggression against Ukraine.”¹⁰⁹

Si bien no estaba en su mandato, es interesante que la Comisión se haya detenido a evaluar si en efecto se estaba cometiendo un acto de agresión contra Ucrania. Aun cuando esto podría ser cuestionable, dado que el CDH ya había dado por sentado que se estaba perpetrando la agresión, a la luz de la Definición y la determinación de la AG, no deja de ser interesante que el parámetro que usó la Comisión para su evaluación haya sido la propia resolución 3314 (XXIX), reconociendo, una vez más, su valor jurídico.

El CDH acogió con beneplácito el informe la Comisión en su resolución 52/32, aprobada el 4 de abril de 2023¹¹⁰, que en lo que nos interesa, reproduce las disposiciones citadas de la resolución 49/1.

III. 5. La Definición en las propuestas de crear un tribunal especial

Prácticamente desde el inicio de la agresión, y ante la incompetencia de la Corte Penal Internacional (CPI) para entender sobre el crimen de agresión en este caso¹¹¹, se alzaron voces, tanto desde el ámbito académico como político, para proponer la creación de un tribunal especial sobre la agresión contra Ucrania.

Los méritos de estas propuestas exceden el limitado análisis de este artículo, aunque abrigamos serias dudas respecto de su conveniencia, no solo por la falta de efectos concretos, sino también por el posible impacto negativo en las actividades de la CPI y su rol como institución central en el Derecho Penal Internacional y la lucha contra el crimen de agresión.

(109) CDH. *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, UN doc. A/HRC/52/62, párr. 3.

(110) Por 28 votos contra 2 y 17 abstenciones.

(111) De acuerdo a las enmiendas de Kampala, y exceptuado el caso de remisión por el CS (Art. 15 ter del Estatuto de Roma) –que de todas formas no es factible en este caso atento al inevitable veto ruso–, resulta de aplicación el Art. 15 bis, párrafo 5 del Estatuto, que dispone: “Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando este sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo”. Ni Rusia ni Ucrania son partes en el Estatuto y, aunque Ucrania aceptó la competencia de la CPI de conformidad al Art. 12.3 del Estatuto, ello no basta para modificar las condiciones del Art. 15 bis.

Es por eso que nos limitaremos a estudiar el lugar que ocupa la Definición en la discusión sobre estas propuestas. En ese sentido, debemos destacar que, al referirse a la definición del crimen de agresión, estas propuestas parten de la provista por el art. 8 bis del Estatuto de Roma¹¹² –que expresamente invoca la Definición, como vimos *supra*–, prácticamente sin discusión al respecto.

Así, la Definición puede aparecer en este contexto de dos maneras: directamente, al mencionarse la resolución 3314 (XXXIX) como parte de la argumentación, o indirectamente, al remitir a la definición del art. 8 bis del Estatuto de Roma¹¹³. La primera manera es la que nos resulta de interés analizar.

En el plano académico, Reisinger Coracini sostiene:

*“The understanding of aggression, the collective act underlying the crime, has remained virtually unchanged in GA Resolution 3314 and Article 8bis(2) of the ICC Statute since it was first introduced by a Soviet diplomat in 1933 and was found to reflect customary law by the International Court of Justice (Nicaragua v. United States 1986 Judgment, para. 195, a minore ad maius).”*¹¹⁴

Se destaca la importancia que le asigna a la Definición, su vinculación con el art. 8 bis del Estatuto de Roma y el reconocimiento de su valor consuetudinario por la CIJ en *Nicaragua*, confirmando nuestras anteriores apreciaciones sobre la cuestión¹¹⁵, ya sin discusión alguna respecto a su valor jurídico.

(112) V., por ejemplo, el resumen del debate de la “Yale Club roundtable: a special tribunal for the crime of aggression recommended by the UN General Assembly?”, que fue enviado a la AG (AG. Carta de fecha 12 de agosto de 2022 dirigida al Secretario General por las representaciones de Letonia, Liechtenstein y Ucrania ante las Naciones Unidas, UN doc. A/ES-11/7, p. 7).

(113) HATHAWAY, Oona A. “The Case for Creating an International Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Against Ukraine (Part I)”, *Just Security*, 20 de septiembre de 2022, <https://www.justsecurity.org/83117/the-case-for-creating-an-international-tribunal-to-prosecute-the-crime-of-aggression-against-ukraine/>; UKRAINE TASK FORCE. “Proposal for a Resolution by the United Nations General Assembly and Accompanying Proposal for a Statute of a Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression”, 7 de septiembre de 2022, https://2022.uba.ua/wp-content/uploads/2022/09/uktf_unproposal_specialtribunal_resolutionandstatute_7sep2022.pdf, p. 7; SKANDER GALAND, Alexandre. “A Special Justice Mechanism for the Crime of Aggression Against Ukraine – For Who, By Who, Against Who?”, *Opinio Juris*, 9 de mayo de 2022, <http://opiniojuris.org/2022/05/09/a-special-justice-mechanism-for-the-crime-of-aggression-against-ukraine-for-who-by-who-against-who/>; TRAHAN, Jennifer. “The Need for an International Tribunal on the Crime of Aggression Regarding the Situation in Ukraine”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 46, Nº5 (2023), pp. 671-690, *passim*.

(114) REISINGER CORACINI, Astrid. “The Case for Creating an International Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Against Ukraine (Part II)”, *Just Security*, 23 de septiembre de 2022, <https://www.justsecurity.org/83201/tribunal-crime-of-aggression-part-two/>

(115) La autora también planteó la cuestión en la “Yale Club roundtable: a special tribunal for the crime of aggression recommended by the UN General Assembly?” (AG. op. cit. en nota 112, p. 7).

En el ámbito político, el Parlamento Europeo apoyó la iniciativa de crear un tribunal especial en una resolución de 19 de enero de 2023, en la que cita expresamente la Definición en su preámbulo¹¹⁶. Una semana después, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la resolución 2482 (2023), en la que, además de apoyar la iniciativa, reiteró “*that the Russian Federation’s armed attack and large-scale invasion of Ukraine launched on 24 February 2022 constitute an ‘aggression’ under the terms of Resolution 3314 (XXIX)*”¹¹⁷. El 31 de enero de 2023, la Cámara de Representantes de los Estados Unidos adoptó una resolución en la que también apoyó la creación del tribunal, en cuyos considerandos se cita expresamente la Definición en dos oportunidades¹¹⁸. El 31 de marzo de 2023, cerca de 50 Estados apoyaron la Declaración de Bucha sobre la rendición de cuentas por los más graves crímenes de derecho internacional cometidos en el territorio de Ucrania, que apoya la iniciativa de un mecanismo internacional para juzgar el crimen de agresión y expresamente invoca la Definición, citando su art. 1¹¹⁹.

Estos apoyos confirman, además del valor de la definición del art. 8 bis por fuera del Estatuto de Roma -con las consecuencias que ello tiene también para la resolución 3314 (XXIX)-, una renovada importancia de la Definición de la Agresión en el contexto actual y, como sostenemos desde un principio, en el derecho internacional. No podemos considerar como un hecho casual que académicos, órganos gubernamentales y organizaciones internacionales recurran -sin hesitación- a la Definición a los efectos de la calificación de la invasión a Ucrania. Esta calificación, más allá de sus efectos políticos, es una operación jurídica, y si se realiza con referencia a la Definición, es porque se le está reconociendo un valor en el derecho internacional.

III. 6. La Definición ante la Corte Internacional de Justicia

Dado que uno de los motivos alegados por la Federación de Rusia para su “operación militar especial” en Ucrania era la presunta comisión de un genocidio¹²⁰, Ucrania presentó el 26 de febrero de 2022 una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en virtud del art. IX de la Convención contra el Genocidio, a los fines de que esta juzgue y declare, entre otras cosas, que, contrario a lo que Rusia alega, Ucrania no cometió ningún acto de genocidio, y que Rusia no puede lícitamente tomar ninguna acción en y contra Ucrania, dirigida a prevenir o sancionar un presunto genocidio. El caso, actualmente en trámite ante la CIJ, excede por mucho el

(116) V. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_EN.html

(117) V. <https://pace.coe.int/en/files/31620/html>

(118) V. <https://www.congress.gov/118/bills/hres81/BILLS-118hres81ih.pdf>

(119) V. <https://www.president.gov.ua/en/news/buchanska-deklaraciya-shodo-vidpovidalnosti-za-najtyazhchi-z-82005>

(120) V. NACIONES UNIDAS. *Carta de fecha 24 de febrero de 2022 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas*, UN Doc. S/2022/154, p. 6.

análisis que aquí se propone, pero es notable que la Definición haya sido invocada durante el procedimiento.

El caso suscitó el mayor número de intervenciones en virtud del art. 63 del Estatuto hasta la fecha¹²¹. En dos de ellas encontramos expresas referencias a la Definición.

Así, en la intervención de Nueva Zelanda, al referirse a la interpretación del contenido de la obligación de prevenir el genocidio en el art. I de la Convención de 1948, leemos: *“on its own the Article I obligation to prevent genocide does not provide a legal basis for the uses of force in violation of Article 2(4) of the UN Charter”*¹²², a lo que en nota agrega la siguiente referencia: *“Article 2(4) of the United Nations Charter, as elaborated by the GA in Resolution 3314 (XXIX) Definition of Aggression”*¹²³. Así, en opinión de Nueva Zelanda, la Definición elabora el contenido del art. 2.4, de lo que podría derivarse que su valor jurídico emana de la misma Carta, algo similar a lo que planteaba Zourek hace casi cuarenta años¹²⁴.

Por su parte, en la intervención de los Estados Unidos, al interpretar la misma disposición, encontramos: *“No provision of the Genocide Convention, properly interpreted in good faith, explicitly or implicitly authorizes a Contracting Party, acting on the pretext of preventing or punishing genocide, to commit aggression, including territorial acquisition resulting from aggression”*¹²⁵. También en nota, agrega:

*“See G.A. Res. ES-11/1, U.N. Doc. A/ES-11/L.1 (Mar. 1, 2022) (“Reaffirming that no territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal (...)); see also G .A. Res. 3314 (XXIX), U.N. Doc. A/9631 (Dec. 14, 1974) (“No territorial acquisition or special advantage resulting from aggression is or shall be recognized as lawful.”). More generally, the prohibition of aggression is a peremptory norm of international law (jus cogens) from which no derogation is permitted.”*¹²⁶

Vemos aquí una de las primeras referencias a la resolución ES-11/1 en un contexto jurisdiccional, y una concreta cita al art. 5.3 de la Definición -aunque, sig-

(121) En total se presentaron 33 solicitudes de intervención, 32 de las cuales fueron admitidas en la fase de excepciones preliminares del proceso.

(122) CIJ. *Allegations of genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation). Declaration of Intervention Pursuant to Article 63 of the Statute of the Court by the Government of New Zealand*, párr. 31.

(123) *Ibidem*, nota 39.

(124) ZOUREK, Jaroslav, *op. cit.*, p. 28.

(125) CIJ. *Allegations of genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation). Declaration of Intervention under Article 63 of the Statute Submitted by the United States of America*, párr. 29.

(126) *Ibidem*, nota 37.

nificativamente, no a la definición del art. 1, que la resolución cita, como vimos-, en refuerzo de una argumentación jurídica.

Ambos ejemplos demuestran que la Definición es una referencia jurídica que los Estados encuentran casi ineludible al momento de fundar sus interpretaciones de disposiciones relativas al uso de la fuerza. Tiene, por tanto, vigencia y contenido jurídico.

En el marco del proceso judicial es curioso, no obstante, que ningún Estado haya invocado el art. 5.1 de la Definición, que tiene una notable importancia en este contexto, al disponer: “*Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión*”. De esa forma, ni siquiera un genocidio podría justificar la agresión¹²⁷. Probablemente veamos alguna invocación de la disposición en el transcurso del procedimiento.

IV. Consideraciones finales: la Definición de la Agresión está más vigente que nunca

El análisis que antecede confirma nuestras apreciaciones teóricas sobre la vigencia de la Definición de la Agresión¹²⁸ de una forma cuya contundencia y falta de precedentes en la práctica internacional son inéditas.

Aunque el lenguaje político muchas veces ambiguo y la búsqueda de amplias mayorías en el undécimo período extraordinario de sesiones de la AG van en desmedro de la precisión jurídica, y sus resoluciones requieren cierto esfuerzo de interpretación, el solo hecho de que hayan condenado la agresión con una cita expresa de la Definición -incluyendo su art. 1, por primera vez- no puede dejar lugar a dudas: la comunidad internacional institucionalizada ha condenado la invasión a Ucrania y la posterior anexión de parte de su territorio, calificando a la “operación militar especial” de la Federación de Rusia, como un acto de agresión en los términos de la Definición.

La constante repetición de invocaciones a la Definición en todos los ámbitos, dentro y fuera de las Naciones Unidas, no pueden más que confirmar que esta

(127) De hecho, la disposición había sido invocada por Yugoslavia en sus causas contra los miembros de la OTAN a raíz de la intervención en Kosovo en 1999 (CIJ. *Case Concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium, Canada, France, Germany, Italy, Netherlands, Portugal and United Kingdom)*. Memorial, 5 de enero de 2000, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/105/8324.pdf>, p. 302, párr. 2.1.5.

(128) Lo que venimos reiterando desde hace una década. V. PEZZANO, Luciano. “El principio de la abstención del uso de la fuerza y la agresión”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VIII (2013), pp. 105-134; PEZZANO, Luciano. “El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 4 (2015), pp. 86-104; PEZZANO, Luciano, *op. cit.* en nota 5, pp. 73-77.

contiene la definición más aceptada de la agresión en el derecho internacional contemporáneo.

Una semana antes del comienzo de la invasión Mégret y Heller opinaban:

“(A)n invasion of Ukraine would explicitly violate one of the most cherished and central norms of international law: the prohibition of aggression. Article 3 of Resolution 3314, adopted without a vote by the UN General Assembly in 1974, defines aggression as ‘[t]he invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof.’”¹²⁹

Estamos plenamente de acuerdo con estas consideraciones. La prohibición de la agresión es una norma central del derecho internacional contemporáneo, y la resolución 3314 (XXIX), adoptada por consenso -como muchos autores en este contexto han destacado- contiene la definición aceptada por la comunidad internacional.

En un comentario posterior a la invasión, Khmeleva sostuvo: *“In 1974, the United Nations General Assembly adopted a widely accepted legal definition of aggression in its Resolution 3314”¹³⁰*. A diferencia de lo que los autores planteaban con anterioridad, la Definición ya no es considerada solamente una mera guía para el CS, sino una “definición jurídica ampliamente aceptada”, posición que no podemos más que compartir, por coincidir con nuestras propias consideraciones.

Por ello también compartimos la opinión de Kwiecien, que sostiene: *“The armed attack of the Russian Federation against Ukraine was an act of aggression, as understood by the 1974 United Nations General Assembly Resolution 3314, reflecting binding customary law”¹³¹*. Reconoce así el carácter vinculante del derecho consuetudinario que refleja la Definición, sin ambages ni matices.

Es, no obstante, llamativo que se recurra de esta forma a la Definición -el mayor número de invocaciones de su historia-, sin que se cuestione su otrora discutido valor jurídico, ni siquiera por los autores que más la han criticado¹³². No podemos

(129) MÉGRET, Frédéric - HELLER, Kevin Jon. “A Russian invasion of Ukraine would be an international crime”, *Al Jazeera*, 17 de febrero de 2022, <https://www.aljazeera.com/opinions/2022/2/17/a-russian-invasion-of-ukraine-would-be-an-international-crime>

(130) KHMELEVA, Ilona. “Dimensions of Russian Aggression and the International Legal Order”, *Articles of War*, 24 de febrero de 2023, <https://lieber.westpoint.edu/dimensions-russian-aggression-international-legal-order/>

(131) KWIECIEN, Roman. “The Aggression of the Russian Federation against Ukraine: International Law and Power Politics or ‘What Happens Now’”, *Polish Review of International and European Law*, Vol. 11, Nº1 (2022), pp. 9-24, p. 10.

(132) Por ejemplo, McDougall ha hecho una férrea defensa de la creación de un tribunal especial sobre el crimen de agresión, omitiendo toda referencia a la Definición -pese a las fuertes críticas de su libro, cuya segunda edición vio la luz apenas meses antes de la invasión a Ucrania-, pero apoyán-

dejar de preguntarnos qué sucedió con el argumento según el cual la Definición solamente servía de guía al CS y no tenía efecto legal alguno, que no nos consta haya sido alzado por nadie en este contexto. ¿Fue abandonado por conveniencia política o simplemente se advirtió su notable carácter infundado?

Nuestra fe en la unidad del orden jurídico y la existencia de valores comunes de la comunidad internacional nos lleva a rechazar de plano la primera hipótesis y comprobar la segunda. La agresión a Ucrania, con sus catastróficos efectos materiales y humanos parece haber sido el catalizador de una respuesta jurídico institucional inesperada, reflejo de la gravedad de la agresión y la centralidad de su prohibición en el derecho internacional contemporáneo, que llevó a restaurar interpretaciones jurídicas correctas, aunque olvidadas, entre las que se destaca la vigencia y el valor jurídico de la Definición de la Agresión.

dose en el Art. 8 bis del Estatuto de Roma a los efectos de la definición del crimen (MCDUGALL, Carrie. "The Imperative of Prosecuting Crimes of Aggression Committed against Ukraine", *Journal of Conflict & Security Law* (2023), <https://academic.oup.com/jcsl/advance-article/doi/10.1093/jcsl/krad004/7081290>).

EL PROBLEMA DE LA OBLIGACIÓN POLÍTICA EN SITUACIONES DE INJUSTICIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES: UNA RESPUESTA DESDE UNA TEORÍA DE MÚLTIPLES PRINCIPIOS *

THE PROBLEM OF POLITICAL OBLIGATION IN SITUATIONS OF ECONOMIC AND SOCIAL INJUSTICES: A RESPONSE FROM A MULTIPLE PRINCIPLE THEORY

*Eduardo Esteban Magoja ***

Resumen: El problema de la obligación política, esto es, el tipo de vínculo que existe entre los ciudadanos y la comunidad política en la que ellos son miembros, engloba una buena cantidad de subtemas de enorme complejidad. Uno de estos es la cuestión acerca de si las personas que no gozan de un reparto apropiado de bienes y cargas tienen el deber de someterse a la autoridad del derecho. Mucho se ha escrito sobre los requisitos que debe satisfacer la distribución para ser justa y generar obediencia; pero no se suele examinar la posibilidad de que el derecho sea capaz de conservar su fuerza normativa en casos de injusticia (no extrema). En este trabajo se asume el desafío de abordar aquel punto complejo, el cual es de especial interés en el contexto de los Estados democráticos latinoamericanos. Mediante una combinación de la teoría del *fair play*, el deber de apoyar las instituciones justas y un principio de bien común (una teoría de múltiples principios) se buscará defender la tesis de que incluso en esquemas justos o casi justos, donde la distribución de bienes y cargas puede resultar un tanto deficitaria, *prima facie* los ciudadanos tienen un deber de obediencia hacia el derecho.

Palabras-clave: Obligación política - Injusticia - Derecho - Teoría de múltiples principios.

Abstract: The problem of political obligation, i.e., the kind of bond that exists between citizens and the political community of which they are members, encompasses a good number of sub-themes of enormous complexity. One of them is the question of whether people who do not benefit from a proper distribution of goods and burdens are under a duty to submit to the authority of law. Much

* Trabajo recibido el 13 de abril de 2023 y aprobado para su publicación el 23 de junio del mismo año.

** Abogado, Licenciado en Filosofía, Magíster en Filosofía del Derecho y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la Facultad de Derecho de la UBA y de la Universidad de Palermo-Argentina. E-mail de contacto: magojaeduardo@gmail.com.

has been written about the requirements that distribution must satisfy to be just and produce obedience, but scholars do not usually analyze the possibility that law can keep its normative force in cases of (non-extreme) injustice. In this paper, I assume the challenge of addressing this complex topic, which is of special interest in the context of Latin American democratic states. By a combination of the theory of fair play, the duty to support just institutions and a principle of the common good (a multiple principle theory) I will seek to defend the thesis that even in a just or nearly just society, where the distribution of goods and burdens could be deficient, citizens *prima facie* have to obey the law.

Keywords: Political obligation - Injustice - Law - Multiple principle theory.

Sumario: I. Introducción. II. El problema de la distribución (in)justa de bienes y cargas. III. La obligación política en situaciones de injusticia. 1. Hacia una teoría de múltiples principios. 2. El deber natural político y el principio de bien común. IV. El alcance de la teoría de múltiples principios sobre la obligación política. 1. Unas aclaraciones (generales). 2. La anulación del deber de obediencia al derecho. V. Conclusión.

I. Introducción

La teoría del *fair play* es una propuesta que pretende justificar por qué los ciudadanos de un Estado tienen el deber de obedecer el derecho. El planteo se remonta a Hart¹ y Rawls², quienes sin duda se encargaron de promover su popularidad a mediados del siglo XX³. La idea es sencilla, pero con mucho potencial: si un individuo se beneficia del esfuerzo de los demás participantes de un esquema cooperativo establecido en conjunto, tiene a su vez el deber de soportar las cargas que establecen los miembros entre sí; de lo contrario, violarían su deber de *fair play*, esto es, de reciprocitar los beneficios obtenidos. Así pues, asumiendo que el Estado es una asociación ventajosa, el principio estaría en condiciones de justificar la obligación política, aquel vínculo complejo que une al individuo con tal forma de organización humana⁴.

(1) HART, H. L. A. "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review*, Vol. 64, Nº 2, 1955, pp. 175-191.

(2) RAWLS, J. "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", en FREEMAN, S. (ed.), *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 117-129.

(3) En realidad, ya en el *Critón* de Platón (49e9-50a1 y 54c2-6), Sócrates habla de la *pólis* ateniense como una instancia que le permitió acceder a grandes beneficios y que, por eso, en caso de desobedecer las leyes fugándose de prisión, cometería una injusticia contra sus conciudadanos. Hecht ha identificado este argumento como una formulación del principio de *fair play* (o *fairness*). Cfr. HECHT, J. "Fair Play: Resolving the Crito-Apology Problem", *History of Political Thought*, Vol. 32, Nº 4, pp. 543-564.

(4) Cfr. HORTON, J. P. *Political Obligation*, Pelgrave Macmillan, Basingstoke, 2010, pp. 11-13.

En los últimos años, sin duda Klosko es el autor que ha realizado los mayores esfuerzos para perfeccionar la teoría⁵. En particular, el profesor de la Universidad de Virginia se focalizó en demostrar que el principio de *fair play* es verdaderamente capaz de generar deberes de obediencia al derecho en esquemas cooperativos complejos, es decir, esquemas en los que no solo hay bienes excluibles, sino también y muy especialmente bienes no excluibles u opcionales, que son aquellos que no pueden ser negados a los individuos con independencia de si cooperan o no, como sucede con los de carácter público dentro de un Estado: justicia, orden legal, defensa nacional y seguridad son algunos pocos ejemplos⁶. La estrategia de Klosko para justificar la obediencia en tales casos descansa en la naturaleza de los bienes involucrados. En este sentido, sostiene que la capacidad para generar obligaciones genuinas depende de que satisfagan de forma conjunta tres condiciones: en primer lugar, deben tratarse de “bienes presuntamente beneficiosos”, esto es, bienes que “todo hombre supuestamente querría” o, de acuerdo con la terminología de Rawls, “bienes primarios sociales”⁷; en segundo lugar, los bienes deben valer la pena el esfuerzo de los beneficiarios; y, por último, deben ser distribuidos junto con las cargas de forma equitativa⁸.

En su propuesta, Klosko realiza un análisis muy detallado sobre cada uno de estos requisitos. Sin embargo, en relación con el tercero no se detiene a discutir si, y por qué, el deber general de obediencia al derecho perdura aun cuando en la distribución de bienes y cargas haya situaciones de injusticia económica y social. Solo se centra en especificar los requisitos que un Estado debe satisfacer para hablar

(5) Así, entre sus principales trabajos se destacan: KLOSKO, G. *The Principle of Fairness and Political Obligation*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 2004; KLOSKO, G. *Political Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005; y KLOSKO, G. *Why Should We Obey the Law?*, Polity Press, Cambridge, 2019.

(6) En tal caso los individuos no tienen la posibilidad de decidir si reciben o no tales beneficios, y por eso, “las implicaciones contractuales de recibir tal beneficio se desdibujan”. Cfr. KLOSKO, G. *The Principle of Fairness and Political Obligation*, ob. cit., p. 37. Este problema, denominado por Klosko como el “argumento limitante” (*limiting argument*) -denominado así porque efectivamente limita la aplicación del principio a esquemas que proveen bienes excluibles- es un punto que desafía el valor de la teoría. Cfr. KLOSKO, G. “Presumptive Benefit, Fairness, and Political Obligation”, en EDMUNDSON, W. A. (ed.), *The Duty to Obey the Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1999, p. 195. Ya Nozick advertía que el principio de *fair play* permitiría ubicar a las personas bajo una obligación simplemente por haber recibido ciertos beneficios, lo cual es inaceptable. Cfr. NOZICK, R. *Anarquía, Estado y Utopía*, FCE, México, 1991, pp. 98-99.

(7) La lista está compuesta por las libertades básicas (como la libertad de pensamiento, por ejemplo), la libertad de movimiento y la libre elección de ocupación, los poderes y prerrogativas de cargos de responsabilidad, la renta y la riqueza, y las bases sociales del respecto de sí mismo. Cfr. RAWLS, J. “Unidad social y bienes primarios”, en *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 266.

(8) KLOSKO, G. *The Principle of Fairness and Political Obligation*, ob. cit., pp. 39-57; KLOSKO, G. “Presumptive Benefit, Fairness, and Political Obligation”, ob. cit., pp. 197 y 204; KLOSKO, G. “Multiple Principles of Political Obligation”, *Political Theory*, Vol. 32, N° 6, 2004, p. 805; KLOSKO, G. *Political Obligations*, ob. cit., p. 6.

de una justa distribución y en explicar en términos generales que la teoría del *fair play*, además de dar cuenta de por qué los ciudadanos deben obedecer las leyes, contempla limitaciones a tal requerimiento que pueden dar lugar a casos de objeción de conciencia y desobediencia civil⁹. En este trabajo se asume el desafío de abordar ese punto sumamente complejo, el cual sucede con cierta frecuencia en los Estados democráticos latinoamericanos y tiene la capacidad de afectar la autoridad y el valor del derecho como instrumento esencial para alcanzar una sociedad ordenada y pacífica. Con base en una teoría que incorpora al *fair play* otros principios (una teoría de múltiples principios), la tesis que se intentará defender es que incluso en esquemas justos donde la distribución puede resultar un tanto deficitaria, *prima facie* los ciudadanos tienen como razón general la obligación de obedecer el derecho.

A tal fin, el trabajo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, para entrar en el tema sobre el que gira la reflexión, se verá la cuestión de la distribución justa o casi justa y el problema de las víctimas de injusticia social y económicas como algo frecuente en los Estados democráticos actuales; en segundo término, se explorará la propuesta de Rosenkrantz y, a partir de ella, se buscará confeccionar una teoría de la obligación política de múltiples principios con el fin de defender la tesis planteada; y, en la última sección, se realizarán algunas precisiones acerca del alcance de las afirmaciones efectuadas. En la conclusión, además de sintetizar las ideas, se plantearán algunos puntos más sobre los cuales se puede seguir problematizado o discutiendo.

II. El problema de la distribución (in)justa de bienes y cargas

Hablar de justa distribución de bienes y cargas en un Estado democrático es algo sumamente difícil, que involucra un sinnúmero de aspectos particulares que haría inagotable todo análisis teórico. Sin embargo, siguiendo a Klosko, se puede decir que tal caracterización moral depende de dos cuestiones relacionadas: la estructura del esquema y el criterio de distribución. En lo que se refiere al primer aspecto, Klosko dice que la clave para tildar de justa a la distribución radica en la implementación de un proceso de decisión tolerablemente equitativo mediante el cual se seleccione un sistema adecuado de reparto¹⁰. Esto no supone acceder al más perfecto o ideal, sino al mejor razonablemente posible. En este punto los procesos democráticos tienen una clara prioridad, pues garantizan la participación ciudadana y, de este modo, que todas las voces puedan ser escuchadas. Incluso, en situaciones en las cuales hay fuertes desacuerdos habilitan varios mecanismos que permiten canalizar los disensos ciudadanos, como una presentación formal ante la administración de justicia, una protesta pacífica o incluso la desobediencia civil¹¹. Tener la posibilidad,

(9) KLOSKO, G. *Why Should We Obey the Law?*, ob. cit., cap. V.

(10) KLOSKO, G. *The Principle of Fairness and Political Obligation*, ob. cit., p. 64.

(11) *Ibidem*, p. 65.

sea de forma directa o indirecta (por medio de los representantes), de determinar el modelo y las prácticas del reparto de bienes y cargas en el esquema cooperativo, tiene sin duda una gran ventaja en lo que respecta a la perfectibilidad de las decisiones que la comunidad vaya adoptando¹².

El criterio de distribución que debería asumir el esquema -que es el segundo aspecto identificado para hablar de distribución justa- gira en torno a la pregunta por los principios que determinan cómo debe realizarse el reparto. Hay diferentes propuestas, que van desde una distribución fijada por los principios del libre mercado (Hayek)¹³ hasta una distribución que contemple elementos de la justicia social (muy presente en los Estados actuales, como Argentina). Muchas de ellas tienen aspectos valiosos e interesantes. Sin embargo, no hay duda de que la teoría que marcó un antes y un después en el seno de los debates de filosofía política fue aquella formulada por Rawls en su obra *A Theory of Justice* de 1971, de acuerdo con la cual los dos principios de justicia para la estructura básica de la sociedad son: primero, que “cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un esquema similar de libertad para todos”; y, segundo, que “las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades”¹⁴. Sin duda, el planteo de Rawls, a pesar de las numerosas críticas que ha recibido¹⁵, tiene un valor innegable, y representa un gran y sólido esfuerzo por pensar una sociedad justa, una

(12) La superioridad del sistema democrático como procedimiento para la toma de decisiones colectivas cobra mayor fuerza si se tienen en cuenta los rasgos que subrayan los dos grandes tipos de justificación a su favor. Estos son, como explica Christiano, básicamente dos: la justificación instrumentista, que pone el acento en las consecuencias deseables o correctas que se obtienen de seguir el procedimiento democrático (por ejemplo, fija los mejores términos de asociación, promueve el bienestar general o asegura la paz); y la justificación del valor intrínseco, de acuerdo con la cual la democracia tiene *per se* cualidades valiosas o personifica valores políticos prioritarios, como la libertad, la igualdad o la autonomía de las personas. Existe, por cierto, una combinación de ambas, que da lugar a justificaciones mixtas. Estas defienden la democracia “sobre la base de los méritos intrínsecos, pero consideran que las consecuencias de la toma de decisiones democráticas tienen una gran importancia en la evaluación general de las instituciones democráticas”. En particular, de las tesis mixtas, que conservan los aspectos positivos de ambas justificaciones puras, se ve con claridad el valor de la democracia en todas sus dimensiones, formales y sustantivas. Cfr. CHRISTIANO, T. “Freedom, Consensus, and Equality in Collective Decision Making”, *Ethics*, Vol. 101, N° 1, p. 151.

(13) En tal sentido, Hayek afirma que todo mecanismo institucional de redistribución “es radicalmente incompatible con un orden de mercado competitivo y con el aumento e incluso el mantenimiento de la población y la riqueza actuales”. Cfr. HAYEK, F. A. *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1997, p. 188.

(14) RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 2006, p. 280.

(15) Un resumen de las principales objeciones en general puede verse en GARGARELLA, R. *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Buenos Aires, 1999, en especial pp. 69-97; y también en la obra de VÁZQUEZ, R. *Teorías contemporáneas de la justicia*, UNAM, México, 2019, pp. 44-48.

cuyas instituciones se estructuren de forma prioritaria con base en criterios a favor de los menos aventajados¹⁶.

No interesa aquí, de todos modos, discutir cuál criterio es el mejor o “más justo” de los ofrecidos en la literatura, tema que por cierto muy difícilmente tenga una respuesta definitiva. Quizá la aspiración en la estructura política democrática sea alcanzar una concepción de justicia que guíe la distribución de bienes y cargas que, como sugiere Rawls, pueda ganarse, a pesar de sus diferencias, el apoyo de un consenso traslapado de las distintas doctrinas religiosas, morales y filosóficas que anidan en su propio interior¹⁷. La clave está en lograr un acuerdo y generar un vínculo entre la ciudadanía a partir de los valores políticos y los principios democráticos de la igualdad y la libertad bajo la guía de una Constitución que tenga como horizonte privilegiado la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales. Lo importante es que el Estado ofrezca un espacio de realización personal en el que cada uno de los ciudadanos, con independencia de sus creencias religiosas, morales y filosóficas, pueda llevar adelante su plan de vida de la mejor manera posible. De hecho, que haya un pluralismo razonable es la consecuencia de vivir en instituciones democráticas que aseguren los derechos y libertades básicos, en un marco de respeto mutuo. Este fuerte respeto por la persona, aunque con ciertos matices, se ve particularmente en Dworkin cuando dice que toda teoría aceptable de justicia distributiva debe ajustarse a dos principios rectores: primero, “mostrar igual preocupación por el destino de todas las personas sobre las que [el gobierno] reclama dominio”; y, segundo, “respetar completamente la responsabilidad y el derecho de cada persona a decidir por sí misma cómo hacer de su vida algo valioso”¹⁸.

Todo este pequeño recorrido sobre la cuestión de la distribución justa en un Estado democrático, se hace para plantear, con un panorama claro, el siguiente punto problemático: en ocasiones, sucede que lo que decida la mayoría puede no solo ser algo que disguste a las minorías o sobre lo que estas estén en desacuerdo -el conocido problema de los disensos democráticos-; puede suceder que el Estado las convierta en víctimas de injusticias económicas y sociales al no garantizarles mínimos sustantivos para poder llevar adelante su plan de vida. Por más de que

(16) Quizá sobre este punto, como han hecho notar ciertos críticos, la propuesta tiene un defecto grave y es que, por un lado, rechaza el mérito como criterio fundamental en la distribución de bienes y cargas (cfr. MASSINI CORREAS, C. I. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, UNAM, México, 2004, p. 107), y por el otro, desconoce los distintos criterios que deberían aplicarse ateniendo a la naturaleza de los bienes a repartir: por ejemplo, la salud pública se distribuye de acuerdo con el criterio de necesidad y no con el de productividad, el cual es propio del ámbito económico (cfr. WALZER, M. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, Nueva York, 1983). También es interesante la crítica de Sen acerca de que “el enfoque de los bienes primarios [de Rawls] parece prestar poca atención a la diversidad de los seres humanos” y esto conduce a “una moral parcialmente ciega”. Cfr. SEN, A. “Equality of What?”, *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 13, University of Utah Press, Salt Lake City, 1980, pp. 215-216.

(17) RAWLS, J. *Liberalismo político*, FCE, México, 1995, p. 35.

(18) DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, p. 2.

haya un procedimiento y principios justos de distribución, hay personas que no acceden a la salud, educación, a una vivienda digna, a servicios esenciales como agua potable, saneamiento, luz u otras prestaciones, o a un trabajo que le permita generar los ingresos económicos suficientes como para satisfacer las necesidades básicas, entre otras condiciones. Según un informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de 2022, en esta región el 32,1 % de personas son pobres (201 millones) y el 13,1 % (82 millones) viven en situación de indigencia¹⁹. En el caso particular de Argentina, el Instituto de Estadística y Censos (INDEC) informó que en el 2022 el índice de pobreza ha sido del 36,5 % (10,6 millones) y el de indigencia del 8,8 % (2,6 millones)²⁰.

La pobreza es un fenómeno complejo y multidimensional, cuya erradicación requiere de enormes esfuerzos por parte del Estado con una perspectiva focalizada en la prevención, la inclusión y la protección social integral. En esta tarea, el derecho tiene una incidencia determinante, tanto positiva como negativamente. Este, como explica Grosman, “es la principal herramienta con que cuenta la comunidad para integrar o excluir a los individuos”²¹. Gran parte de las desigualdades en materia económica y social depende de cómo se establece la propia organización jurídico-política. Esto es algo que no se puede desconocer y que de forma muy clara Dworkin puso de relieve: “la distribución de la riqueza es el producto de un orden jurídico: la riqueza de un ciudadano depende en gran medida de qué leyes ha promulgado su comunidad -no solo las leyes que rigen la propiedad, los delitos, los contratos y la responsabilidad por daño-, sino también la ley de asistencia social, la ley fiscal, la ley laboral, la ley de derechos civiles, la ley de regulación ambiental y las leyes de prácticamente cualquier cosa”²². No hay ninguna distribución neutral, que no esté orientada por el derecho y las políticas públicas²³.

Según la tesis que se sostiene en este trabajo, el derecho busca ejercer su poder normativo sobre todos aquellos individuos que forman parte, estable o accidentalmente, de la empresa cooperativa del Estado. Esta pretensión de autoridad, que se podría tildar como una nota definitoria de la propia existencia del derecho, no realiza distinciones, sino que intenta cubrir a todos los destinatarios, de quienes se espera que actúen según lo ordenado normativamente. No es exagerado sostener, como marca la teoría del *fair play*, que aquellos que efectivamente se benefician de la empresa estatal tienen el deber de someterse a la autoridad de las leyes -reciprocación

(19) Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina y el Caribe*, 2022 (LC/PUB.2022/15-P), Santiago, 2022, p. 19.

(20) INDEC, *Informes técnicos*. Vol. 6, N° 184.

(21) GROSMAN, L. “Algunas reflexiones acerca de la teoría de la membresía”, *Revista Discusiones*, Vol. 6, 2006, p. 64,

(22) DWORKIN, R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 1.

(23) DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 2.

los beneficios obtenidos-, pues cuentan con un espacio de desarrollo vital que les permite llevar adelante su plan de vida, espacio que, dicho sea de paso, no existiría si no fuera por una obediencia generalizada. Lo que es muy discutible es determinar, frente al panorama esbozado en esta sección, si la tesis de la obediencia se extiende al supuesto de aquellos que sufren, aun en un esquema de distribución justa o casi justa, injusticias económicas y sociales. Ello se realizará a continuación, con el foco puesto en la cuestión de la obligación política.

III. La obligación política en situaciones de injusticia

1. *Hacia una teoría de múltiples principios*

Una buena estrategia para encarar el problema de la obediencia en situaciones de injusticia económica y social es mediante un breve estudio de la propuesta de Rosenkrantz, quien defiende que, aun en tales circunstancias, existe el deber de someterse a la autoridad del derecho. Sobre la base de una teoría de la obligación política de carácter asociativo, el profesor argentino afirma que los miembros de un Estado en particular se deben someter a la autoridad del derecho básicamente porque el derecho es un producto colectivo²⁴. La clave está, al igual que sucede en la relación paterno-filial, en el vínculo o la asociación que existe entre todos los que conforman la empresa estatal. La propuesta relacional o asociativa de la autoridad del derecho entiende que el espectro del universo moral no se agota en meros deberes u obligaciones²⁵. Existe una tercera categoría que ha sido ignorada por la literatura y que es denominada como “obligaciones asociativas” u “obligaciones comunales”²⁶. Este tipo de obligaciones, recuperado en especial por Dworkin, surge de la pertenencia de un individuo a la comunidad y de las relaciones y los vínculos que aquel mantiene con los demás²⁷. Sus notas distintivas frente a otros tipos de requerimientos morales son dos: primero, no tienen carácter universal, sino que son debidas a los miembros del grupo del cual uno es parte; y, segundo, las obligaciones asociativas no son incondicionales ni dependen de la expresión de la voluntad; ellas emergen en particular de la pertenencia a la asociación²⁸.

Uno de los elementos centrales de la tesis de Rosenkrantz es la cuestión del criterio de la membresía, esto es, el parámetro que determina cuándo se es miem-

(24) ROSENKRANTZ, C. F. “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, *Revista Discusiones*, Vol. 6, 2006, pp. 17-57.

(25) Sobre la distinción entre deberes y obligaciones, ver HART, H. L. A. “Obligación jurídica y obligación moral”, *Cuadernos de Crítica*, Nº 3, UNAM, 1977, pp. 5-33.

(26) Cfr. VOSSSEN, B. van der, “Associative Political Obligations”, *Philosophy Compass*, Vol. 6, Nº 7, p. 478.

(27) DWORKIN, R. *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 147-148; DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., pp. 300-303.

(28) Cfr. VOSSSEN, B. van der. “Associative Political Obligations”, ob. cit., p. 478.

bro de la comunidad y, por eso, se les debe obediencia a sus reglas. En tal sentido, elabora un test complejo que combina cuestiones de índole procedimental y de carácter sustantivo: “una comunidad política es el resultado de la conjunción entre la aspiración de moldear en conjunto un destino común -lo que constituye un elemento procedimental- y la convicción de que en comunidad es más fácil proveer a la satisfacción de las necesidades o intereses individuales (facilidad que, a su vez, hace inteligible la aspiración de moldear en conjunto un destino común), lo que constituye un elemento sustantivo”²⁹. Lo que convierte a un individuo en miembro es el hecho de que sus intereses y opiniones puedan ser tenidos en cuenta (normativamente) en la toma de decisiones y de que también tenga la posibilidad empírica de participar en tal espacio o de que sus intereses sean considerados. Satisfechas estas exigencias uno sería miembro y existe una vinculación adecuada entre los ciudadanos y la organización estatal. Pero Rosenkrantz añade una característica que debe satisfacer el vínculo: es muy importante que sea lo suficientemente valioso como para justificar la obediencia. Este valor lo constituye “el cambio sistémico”: la posibilidad no solo de ser parte de la comunidad y seguir siéndolo en el tiempo, sino de cambiarla³⁰. Tales aspectos, concluye el autor, se dan aun en los casos de quienes sufren una distribución injusta de recursos, lo que le permite afirmar que las víctimas de injusticia social y económica les deben obediencia a las leyes de su comunidad. Siempre que las circunstancias no afecten su membresía política tendrán, pues, una razón general para hacer lo que ordena el derecho³¹.

El planteo de Rosenkrantz es ingenioso y, más allá de que en algunos aspectos se pueda coincidir o no, constituye un enorme esfuerzo por respaldar la autoridad del derecho, en especial en países como Argentina. Sin embargo, es difícil aceptar que por el solo hecho de ser miembro del Estado, aun con posibilidades de incidir en la toma de decisiones, se mantenga el deber de obediencia ante situaciones de injusticia económica y social. Una mejor justificación de tal tesis se puede ofrecer combinando la teoría del *fair play* con algunos otros principios ético-políticos. Claro, Rosenkrantz ni siquiera indaga esta posibilidad porque rechaza directamente tal teoría como propuesta para justificar la obligación política. Esto lo hace porque cree que no satisface el requisito de generalidad, es decir, dar una respuesta acerca de por qué todos o la gran mayoría de los ciudadanos deben obedecer el derecho. La teoría del *fair play*, dice, solo cubriría la obediencia de quienes se han beneficiado del esquema cooperativo; pero no la de todos y mucho menos las de aquellos

(29) ROSENKRANTZ, C. F. “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, ob. cit., p. 36.

(30) *Ibidem*, pp. 47-48.

(31) La propuesta de Rosenkrantz generó una fructífera discusión con Grosman, Iglesias, Rodríguez y Seleme, la cual, como suele suceder con estos temas tan complicados, dejó más dudas que certezas. El debate se encuentra en la *Revista Discusiones* de la Universidad Nacional del Sur, Vol. 6, titulado “Derecho y Autoridad”, publicado en el 2006 y disponible en <https://revistas.uns.edu.ar/disc/issue/view/211>.

desfavorecidos por el sistema. Dicho con sus propias palabras: “el derecho obliga a todos, incluso a aquellos que no han recibido ningún beneficio o que no recibirán beneficios futuros o que reciben beneficios menores a los costos de su sumisión al derecho. Las teorías del Fair Play no pueden explicar este rasgo y, por ello, cualquiera sea el mérito de las mismas como explicación de la obligación de algunos de obedecer el derecho no pueden contar como explicaciones de su autoridad”³².

Sin embargo, esta observación no es del todo correcta. La teoría del *fair play* tiene un carácter general, lo que Klosko ha logrado demostrar al refutar el “argumento limitante” de Nozick³³ y también mediante el uso del “argumento indirecto” y el “argumento institucional” para justificar la obediencia en esquemas cooperativos que ofrecen tanto bienes esenciales como bienes no esenciales³⁴. En realidad, el problema de la teoría es que no es comprehensiva (no abarca el completo rango de funciones del Estado, como la ayuda a personas vulnerables o la promoción de actividades culturales, entre otros); por esto, es que Klosko suma otros principios que se apoyan mutuamente, superponen y acumulan para ofrecer una mejor justificación³⁵. Siguiendo esta estrategia, se puede hacer extensiva la posibilidad de sustentar el deber de obediencia al derecho de aquellos que sufren, en cierto grado, injusticias económicas y sociales. El camino para ello involucra dos aspectos que van de la mano: por un lado, recurrir al deber natural político de apoyar una empresa cooperativa justa o casi justa, como sería un Estado democrático genuino y comprometido seriamente con los derechos humanos; y, por el otro, adicionar un principio de bien común. En la próxima sección se desarrollará con cierto detalle cada uno de ellos.

2. El deber natural político y el principio de bien común

En lo que respecta al primer punto señalado, Rawls formuló la teoría del deber natural de apoyar y fomentar las instituciones justas de la siguiente manera: “desde el punto de vista de la teoría de la justicia, el deber natural más importante es el de apoyar y fomentar las instituciones justas. Este deber tiene dos partes. En primer lugar, hemos de obedecer y cumplir nuestro cometido en las instituciones justas cuando estas existan y se nos apliquen; y en segundo lugar, hemos de facilitar el

(32) ROSENKRANTZ, C. F. “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, ob. cit., p. 25.

(33) Al respecto, ver la introducción del trabajo.

(34) Explicados muy sintéticamente, el “argumento indirecto” lo que dice es que cuando un esquema cooperativo provee bienes no básicos como parte de un paquete junto a los bienes básicos, se justifica la contribución adicional de los ciudadanos. El “argumento institucional”, por su parte, sostiene que los beneficios derivados del derecho, el orden social y la existencia de un sistema de decisión pública constituyen “bienes institucionales”, que podrían ser recibidos por los individuos si existe una disposición generalizada a cumplir con las cargas de cada uno de acuerdo con el principio de *fair play*. Cfr. KLOSKO, G. *The Principle of Fairness and Political Obligation*, ob. cit., pp. 87 y 101.

(35) KLOSKO, G. *Political Obligations*, ob. cit., pp. 102-105.

establecimiento de acuerdos justos cuando estos no existan, al menos cuando pueda hacerse con poco sacrificio de nuestra parte”³⁶.

La primera parte del deber, a la que Klosko denomina “deber natural político”³⁷ -que es como se hace en este trabajo-, se trata de un requerimiento moral de la propia naturaleza del hombre que ordena obedecer las leyes y someterse a la autoridad del Estado, siempre y cuando exista una estructura institucional justa³⁸. En cuanto a su justificación, Rawls simplemente afirma que los participantes de la posición originaria lo elegirían porque constituye “un principio que concuerda con los criterios de las instituciones”³⁹, es decir, los dos principios de justicia de su teoría⁴⁰. No interesa mucho detenerse en este punto, propio del pensamiento rawlsiano, sino que lo importante es destacar dos cuestiones: en primer lugar, que tal deber cobra sentido porque las instituciones justas son aquellas que nos ofrecen las condiciones necesarias para llevar adelante un plan de vida racional, mediante orden, seguridad, justicia y paz; y, en segundo término, que opera en una estructura social que es “todo lo justa que es razonable esperar según las circunstancias”⁴¹ o, como dice Rawls al analizar la desobediencia civil, una sociedad que es “casi justa, una que está bien ordenada en su mayor parte, pero en la que, no obstante, ocurren graves violaciones de la justicia”⁴². En función de ello, pues, el deber natural político ayudaría a ofrecer una justificación de la obligación política en situaciones de injusticias económicas y sociales. En efecto, a pesar de que en una empresa cooperativa haya algunas injusticias, lo cierto es que todavía hay más razones para apostar a las instituciones justas que, con sus defectos, favorecen el desarrollo personal. Es a esto a donde apunta el deber natural político; de ahí que se exprese como un buen complemento para justificar la obediencia. Se podría decir que tal cualidad la cumplen muchos de los Estados democráticos contemporáneos, aquellos donde sus ciudadanos gozan de una buena calidad de vida y un entorno adecuado para desarrollarse como criaturas discursivas dotadas de dignidad.

Claro, el deber natural político de obediencia tiene, al igual que el principio de *fair play*, un alcance limitado y además padece de cierta imprecisión. Esto podría hacer que, frente a instituciones o leyes que padezcan de cierto grado de injusticia, se esfume la obediencia cuando obedecerlas es lo más deseable porque no hay una mejor alternativa⁴³. El deber natural político presenta un vacío con respecto al universo de casos que se dan entre la injusticia extrema (donde nunca hay que

(36) RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, ob. cit., p. 306.

(37) KLOSKO, G. *Political Obligations*, ob. cit., p. 79.

(38) El planteo encuentra su origen en TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a.4.

(39) RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, ob. cit., p. 308.

(40) *Ibidem*, p. 308.

(41) *Ibidem*, p. 116.

(42) *Ibidem*, p. 331.

(43) Cfr. HORTON, J. P. *Political Obligation*, Pelgrave Macmillan, Basingstoke, 2010, p. 104.

obedecer) y lo que *grosso modo* aceptaríamos como casi justo, donde sí muchas veces conviene que se mantenga la obediencia. Se puede tomar, para ilustrar el problema, un ejemplo sobre una ley tributaria que impone una presión fiscal inequitativa sobre algunos contribuyentes: una ley que sería catalogada de injusta. Si se sigue simplemente el deber natural político puede suceder que los contribuyentes dejen de realizar su aporte, por considerar que excede ciertos parámetros de justicia o que va más allá de lo tolerable. Esto podría no ser una buena decisión. Si los ingresos que obtenía el Estado con tal impuesto se utilizaban pura y exclusivamente para financiar la salud, la educación pública o atender situaciones de desnutrición infantil, su ausencia derivaría en un gran perjuicio sobre temas de especial interés para todo el cuerpo social.

El problema moral de base es que el deber natural político puede generar un dilema. Greenawalt lo explica con total claridad: “si uno tiene el deber de apoyar instituciones justas y el deber de no apoyar la injusticia, estos dos deberes entran en conflicto en el caso de una ley injusta; un actor puede satisfacer un deber solo a expensas de descuidar el otro”⁴⁴. Entonces, para despejar toda duda (o reducirla todo lo posible) y seguir manteniendo la autoridad del derecho hay que adicionar otro criterio. Un enfoque sensato para resolver tal dilema, según Greenawalt, “es atender a las consecuencias probables de lo que uno hace y medir si un acto de obediencia beneficiará de hecho el bien común y las instituciones justas y si de hecho promoverá la injusticia de la ley particular”⁴⁵. En este examen, pues, cobra un papel protagónico el principio de bien común como meta-criterio del comportamiento ciudadano ante el derecho. Varios son los autores a lo largo de la historia que destacaron su importancia en la actividad política. Así, por ejemplo, Platón decía que “el verdadero arte político se ocupa necesariamente no de lo particular, sino de lo común -pues lo común une a las ciudades, mientras que lo particular las separa- y beneficia a lo público y a lo privado, a ambos, si lo común es puesto favorablemente por encima de lo privado”⁴⁶; y Aristóteles sostenía, al especificar el fin de la ciencia arquitectónica de la política, que es algo deseable buscar el bien de una persona, pero es mucho “más hermoso y divino [lograrlo] para un pueblo y para las ciudades”⁴⁷. Tomás de Aquino, a quien se le suele reconocer la elaboración de un sentido técnico del concepto (el *bonum commune*), afirmaba que “en el orden humano, dirigir al bien común le corresponde al que gobierna la multitud”⁴⁸.

En la actualidad, y desde el pensamiento liberal, Klosko se vale de la idea para justificar que el Estado tome medidas a favor de todos los miembros de la sociedad,

(44) GREENAWALT, K. “The Natural Duty to Obey the Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 84, Nº 1, 1985, p. 43.

(45) *Ibidem*, p. 43.

(46) *Leyes*, 875a.

(47) *Ética Nicomaquea*, 1094b.

(48) *Suma Teológica*, I, q. 105 a.4.

como el apoyo a la educación pública o el control del desempleo y de la inflación. A raíz de su filosofía de base caracteriza al bien común como un principio de gobierno, indispensable para configurar una sociedad mejor, que dispone lo siguiente: “el gobierno de la sociedad X, que proporciona bienes públicos indispensables (y discrecionales necesarios) y servicios básicos para el bienestar social, puede tomar medidas razonables para promover el bien común de formas adicionales, con los ciudadanos obligados a hacer su parte justa para apoyar sus esfuerzos”⁴⁹.

Es preferible el sentido que recupera y reconfigura Finnis de la perspectiva clásica aristotélico-tomista, según el cual bien común se define como “un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de la comunidad para alcanzar por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”⁵⁰. Este conjunto de condiciones (sociales, económicas y de otras índoles), dador de posibilidades, es lo que ofrece una razón de peso moral para la colaboración y cooperación mutua. No se trata, pues, de un mero principio que orienta la función gubernamental, sino que es propio del hombre y estructurante de la comunidad política. Este sentido, que involucra una actitud cívica fuerte, también lo marca Tomás de Aquino, cuando dice “el bien común es el fin de las personas individuales que viven en comunidad”⁵¹.

En función de esto, se espera que desde la ciudadanía y desde las instituciones del Estado se apoye y ponga en práctica un conglomerado de exigencias cuyo horizonte sea establecer las mejores condiciones sociales y económicas para que todas las personas puedan vivir con dignidad y de acuerdo con el plan de vida que hayan escogido. Son varias las exigencias orientadas a ese fin, pero quizás las más importantes a nivel político, dicho de forma genérica, sean: el aseguramiento de las condiciones materiales y sociales que tiendan a favorecer el desarrollo personal y social de forma justa; el respeto a la dignidad humana; la constitución de un orden social y legal justo, que sea además estable; y la atención prioritaria a las necesidades de los menos favorecidos o aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.

El principio que exige apoyar el bien común como fin fundamental de la sociedad es muy importante y no debe debilitarse ni mucho menos negarse por una perspectiva que privilegie el interés personal; de lo contrario, ello repercutiría en perjuicio, especialmente, de los menos aventajados. El derecho, considerado de forma global, se preocupa principalmente por el bien común y es a partir de este horizonte privilegiado que tiene su razón de ser; de ahí que hay que realizar los esfuerzos necesarios para que tal instrumento, necesario para una vida en paz, no se vea despreciado. Todo esto hace que, aun frente a leyes que en cierto grado puedan

(49) KLOSKO, G. *Political Obligations*, ob. cit., p. 111.

(50) FINNIS, J. *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 184.

(51) *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a.9.

resultar injustas, el deber de obediencia al derecho se mantenga. El principio de bien común impone esta exigencia, la cual, cabe aclarar, solo opera cuando se trate simplemente de soportar un mal o verse privado de un bien (como sucede con el ejemplo ofrecido de la ley tributaria inequitativa). Nunca vale si se ordena realizar positivamente un daño a otro, pues esto es una acción que niega el bien común, convirtiéndose en un tipo de injusticia intolerable⁵².

Al respecto, Finnis sostiene que “si una disposición injusta es, de hecho, análoga a otras leyes por su fuente formal, por su recepción por los tribunales y funcionarios, y por su común aceptación, el buen ciudadano puede estar (si bien no siempre) bajo la exigencia moral de conformarse con esa disposición en la medida necesaria para evitar debilitar el derecho, el sistema jurídico (de reglas, instituciones y disposiciones) como un todo”⁵³. Se trata de una obligación “disminuida” o “colateral”, que adquiere este carácter porque no tiene foco directo en realizar, con base en razones morales, la conducta requerida en la norma, sino en evitar el grave desorden social o cualquier efecto negativo sobre el bien común que traería aparejada la desobediencia. No es, por cierto, que la obediencia a esa norma injusta se considere valiosa en sí misma, sino que se trataría, consideradas todas las circunstancias y especialmente las consecuencias, de una suerte de “mal menor”.

Un lector atento podría preguntar, a esta altura, por qué si el principio de bien común justifica con bastante fuerza el deber de obediencia en situaciones de injusticia económica y social, se requiere a su vez el deber natural político. Este, como se ha dicho, presenta un alcance limitado y hasta sufre de cierta imprecisión en su aplicación, por lo que se podría decir que resulta un tanto superfluo. Sin embargo, esta percepción es equivocada. En efecto, el principio de bien común complementa el deber natural político (relación de *acumulación*) y lo fortalece (*superposición*), pero este constituye a su vez un soporte vital de aquel. Esto sucede porque apoyar y promover las instituciones justas es, al mismo tiempo, apoyar y promover el bien común (relación de *apoyo mutuo*). Toda sociedad que tenga como fin privilegiado la realización de tal valor es una sociedad que exige, según el deber natural político, el mayor respeto y conservación. Pero al mismo tiempo una sociedad estructurada sobre la base del bien común permite el despliegue efectivo del deber natural político. Ambos principios, entonces, se retroalimentan y se puede decir que incluso uno depende del otro: donde haya una sociedad que vaya en contra del bien común, el deber natural político desaparece, y una en la que se aspire al bien común, pero no tenga el soporte de ese deber natural, se vuelve muy frágil en la consecución del tal fin.

(52) Ver sección siguiente, donde se explicarán los supuestos en los que el deber de obedecer el derecho, como razón moral, desaparece.

(53) FINNIS, J. *Ley Natural y Derechos Naturales*, ob. cit., p. 389.

IV. El alcance de la teoría de múltiples principios sobre la obligación política

1. Unas aclaraciones (generales)

Bajo los argumentos expuestos se puede, entonces, apoyar la tesis de que, aun frente a leyes injustas, pesa sobre los ciudadanos como razón general la obligación de obedecerlas. Pero antes de finalizar el tema, hay que realizar cuatro aclaraciones importantes, tres de las cuales se verán aquí y la restante, en virtud de su complejidad y extensión, se dejará para la última sección del trabajo.

En primer lugar, no se defiende en modo alguno con lo dicho una “tiranía de la obediencia”. Arribar a una conclusión de este tipo es por completo equivocado, pues jamás se apoya la idea de un deber absoluto de obedecer el derecho. Decir que sea absoluto significa que los ciudadanos no están justificados para desobedecer las leyes del Estado en ninguna circunstancia. Si ese deber entra en conflicto con otros deberes, nunca se anula porque tiene el mayor peso en el campo de las razones para la acción⁵⁴.

En realidad, cuando se afirma que los individuos deben obedecer el derecho, lo que se quiere decir es que ese deber tiene un carácter *prima facie* -calificativo utilizado varias veces- o, si se prefiere usar otra terminología, constituye una razón *pro tanto* para la acción. Que sea *prima facie*, según la conceptualización de Ross, indica que un acto tiene la característica de convertirse en un deber en sentido propio (*duty proper*) cuando no sea sobrepasado por otros deberes que lo anulen⁵⁵. Como su efectividad depende de esta condición, la cualidad *prima facie* sugiere que se está hablando solo de un aspecto que una situación moral presenta “a primera vista” y que puede resultar ilusorio. Solamente algunos actos, según Ross, tienen la característica de ser *prima facie* obligatorios, como por ejemplo cumplir una promesa, no dañar a los demás o promover el bien⁵⁶.

Que al deber de someterse a la autoridad del derecho se lo entienda como una razón *pro tanto* significa, en líneas generales, algo muy similar al concepto de deber *prima facie*. Sin embargo, hay algunas diferencias. Mientras que los deberes *prima facie* son algo que “a primera vista” parecen ser una razón, pero que, consideradas todas las cosas, pueden llegar a no serlo -tienden a ser un deber, pero estrictamente no lo son-, las razones *pro tanto* siempre tienen algún peso en la balanza de las razones para la acción⁵⁷. No son, pues, una mera apariencia. En otras palabras, este tipo de razones son relevantes a la hora de cómo uno debe actuar y contribuyen efectivamente al resultado. Además, si una razón *pro tanto* entra en colisión con otras

(54) WASSERSTROM, R. A. “The Obligation to Obey the Law”, en EDMUNDSON, W. A (ed.), *The Duty to Obey the Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1999, p. 19.

(55) ROSS, W. D. *The Right and the Good*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2007, pp. 19-20.

(56) *Ibidem*, p. 21.

(57) KAGAN, S. *The Limits of Morality*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 17.

razones se genera un conflicto genuino, en el cual puede ser vencida o no; pero en el caso de que lo sea, aún mantiene su fuerza, aunque no fuese la que determina la decisión finalmente tomada por el agente⁵⁸. Dicho de otra forma, ese deber, si bien es anulado por otro requerimiento, es de todas formas una verdadera exigencia que mantiene cierto peso moral y deja su impronta⁵⁹.

Sea que se adopte cualquiera de estos dos conceptos, se entiende que la obligación política -y esto es lo que importa marcar- presenta límites o tiene cierto alcance. Los ciudadanos que forman parte de un esquema cooperativo como el Estado pueden diferir el deber de obedecer las leyes. Esto nos lleva a la segunda aclaración. Tener que obedecer aun en situaciones de distribución injusta no implica quedarse en una posición pasiva. Quién obedece podrá al mismo tiempo, si lo considera pertinente, realizar todo lo posible para modificar el sistema de distribución por medio de los mecanismos institucionales establecidos. Aquí, hay que reconocer, cobra mucha importancia la tesis de Rosenkrantz sobre el cambio sistémico (la posibilidad cierta de cambiar la comunidad mediante una participación efectiva) en cuanto valor que sustenta los vínculos comunitarios. En casos graves, y si la situación lo amerita, se evaluará la posibilidad de hacer uso de alguna forma de desobediencia, como la protesta o la desobediencia civil.

La tercera observación es que tampoco lo dicho se trata de una “tiranía de la mayoría” o del todo sobre la parte. El respeto por los derechos humanos (libertad e igualdad, fundamentalmente), por la dignidad y por la propia autonomía del individuo son vallas infranqueables: una suerte de “territorio fronterizo” según Bobbio⁶⁰ o de “coto vedado” de acuerdo con Garzón Valdés⁶¹. Sin duda, la persona tiene, por sobre la comunidad, una prioridad y primacía ontológica. El punto es que desde la perspectiva del bien común se reconoce que los bienes en la sociedad se alcanzan conjuntamente, y que una mirada pura y exclusivamente individualista (atomista) empobrece las instituciones sociales, jurídicas y políticas, y naturalmente el propio valor del derecho. Una sociedad jurídica y políticamente organizada no es un mero agregado de individuos, sin ningún tipo de vinculación. Hay un destino o proyecto común en la empresa cooperativa estatal, que es dador de sentido de los planes de vida particulares (su destino individual) y que también influye en la forma de comportamiento ciudadano ante las instituciones estables.

(58) KNOWLES, D. *Political Obligation. A Critical Introduction*, Routledge, London, 2010, p. 16.

(59) SIMMONS, A. J. *Moral Principles and Political Obligation*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1979, p. 27.

(60) BOBBIO, N. “La regla de mayoría: límites y aporías”, en BOVERO, M. (ed.), *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 479.

(61) GARZÓN VALDÉS, E. “Representación y democracia”, *Doxa*, Nº 6, 1989, p. 157.

2. La anulación del deber de obediencia al derecho

Ha quedado para el final una aclaración que quizá hubiera convenido decir desde un primer momento para evitar malentendidos. Es la siguiente: el deber *prima facie* de obedecer leyes injustas no subsiste en, al menos, dos grandes universos de casos. En primer lugar, si, como se vio en la sección anterior, cuando la ley manda soportar un mal o la privación de un bien, el deber de obediencia se mantiene de forma “colateral” siempre que se busque conservar el bien común, entonces si la realización de este fin desaparece también se esfuma la obediencia. Tomás de Aquino decía, al respecto, que “toda ley se ordena al bien común de los hombres, y de esta finalidad recibe su poder y condición de ley, y pierde su fuerza vinculante en la medida en que de ella se aparta”⁶². Si en el ejemplo ofrecido de la ley tributaria que impone una presión fiscal inequitativa sobre varios contribuyentes, el destino de la recaudación no va dirigido a atender situaciones de desnutrición infantil, sino a algo un tanto irrelevante (como colocar plantas ornamentales en algunas plazas), se puede decir con razón que, al no existir razones sólidas de bien común, el deber moral de someterse a la autoridad de esa ley perdió toda su fuerza.

El segundo gran universo de casos en el que no se puede hablar en modo alguno de deber de obediencia son las situaciones de extrema injusticia. Cuando se da algo extremadamente injusto la norma pierde su validez jurídica y, en consecuencia, su autoridad. Es difícil trazar una línea exacta entre ley injusta y ley extremadamente injusta, pero no tanto es establecer una identificación de cuándo se cae en este último supuesto. Aquí hay una negación directa y deliberada de la justicia y, por ello, para decirlo con las propias palabras de Radbruch, “donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, ahí la ley no es solamente derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”⁶³. En este punto, la distinción propuesta por Alexy entre una conexión “clasificante” y una conexión “cualificante” entre el derecho y la moral aclara un poco más la cuestión⁶⁴. En efecto, el profesor de Kiel dice que “se trata de una conexión *clasificante* cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son normas jurídicas o sistemas jurídicos; [...] y se trata de una mera conexión *cualificante* cuando se sostiene que las normas o sistemas de normas que no satisfacen determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas jurídicas o sistemas jurídicos, pero son normas jurídicamente defectuosas o sistemas jurídicos jurídicamente defectuosos”. Mientras que la ley extremadamente injusta cae en la primera categoría (y por eso, carece de todo carácter jurídico y de fuerza obligatoria),

(62) *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a.6.

(63) RADBRUCH, G. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 37-38.

(64) ALEXY, R. “Una defensa de la fórmula Radbruch”, en VIGO, R. (ed.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 236.

la ley injusta (no extrema) responde a la segunda, es decir, califica como derecho y, por ello, debe ser obedecida. Al hablar, a lo largo de este trabajo, de injusticias sociales y económicas, siempre se ha tenido en mente tal universo de casos; nunca la injusticia extrema.

Todo lo dicho resulta todavía un tanto preliminar. Pero se puede ampliar un poco más si se detalla cuándo se dan casos de leyes extremadamente injustas o una injusticia tal que esfuma el deber de obediencia hacia ellas. En primer lugar, en esta categoría englobaríamos a las leyes o los actos de gobierno que atentan, de forma grave y clara, contra los derechos fundamentales de las personas. El Estado nazi de Hitler o el Estado fascista de Mussolini dan, por cierto, ejemplos de gran envergadura, en los que ni siquiera se respetaba la vida del hombre y se hacía de la violación de los derechos humanos una práctica. Lo mismo podría decirse con respecto a las dictaduras latinoamericanas (Paraguay, Brasil, Chile y Argentina, entre otros). Pero sin llegar a ejemplos tan extremos -en los que en realidad el Estado mismo es injusto- también en los Estados democráticos hay ejemplos de leyes injustas por ser violatorias de los derechos humanos de forma directa. En Argentina las leyes de punto final y obediencia debida -leyes 23492 y 23521, de 1986 y 1987 respectivamente- impedían que se juzgase a los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico-militar, transcurrida entre 1976 y 1983. Tales leyes afectaban el derecho fundamental de las víctimas a la justicia, a la búsqueda de la verdad y del juzgamiento de los responsables de crímenes atroces, así como también el interés de la sociedad en un tema tan sensible e importante de su historia. No parece justo, pues, que las víctimas y/o sus familiares, y los miembros de la comunidad en su conjunto, deban aceptar, con una obediencia pasiva, semejante impunidad. El reclamo popular y la preocupación del propio Estado por atender el problema hizo que, luego de muchos años y por vía de los mecanismos legales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Simón” de 2005, declarase a ambas leyes inconstitucionales.

Frente a actos violatorios de los derechos esenciales, no pesa obligación alguna sobre el destinatario de la norma. Si se aceptara ello, se estaría contrariando la razón de ser y el fin del propio derecho. El fundamento de semejante afirmación es la persona humana, que, como ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Caldeiro” de 2020, “es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de [ella] constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”⁶⁵. Nadie estaría obligado a tolerar una injusticia extrema que vaya contra su propia dignidad y sus derechos más fundamentales, sin los cuales sería imposible realizar cualquier plan de vida. La obediencia está atada a la realización del bien común y la promoción de los derechos fundamentales del hombre, es decir, los derechos

(65) Considerando 7.

esenciales respecto a los cuales uno tiene un título simplemente por ser persona⁶⁶. Para ser más precisos, se trata del respeto de la dignidad humana, la cual es entendida en el realismo clásico como el fundamento último de los derechos. En efecto, como explica Spaemann, el concepto de dignidad humana “no indica de modo inmediato un Derecho Humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como Derecho Humano en general. Lo que con él se nombra es algo más originario de lo que se expresa por medio del término ‘Derecho Humano’”⁶⁷.

Las leyes positivas no pueden desconocer este aspecto. Sin ir más lejos, la Constitución Nacional reconoce en el artículo 33 todos los derechos no enumerados en ella y en el Informe de la Comisión Examinadora de 1853 se señalan cuáles son: “los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza”⁶⁸. En este sentido, la concepción filosófica sobre la que se asienta nuestro texto constitucional sostiene que la persona humana goza de derechos prepolíticos que no se otorgan, sino que son reconocidos. La realización plena del hombre es el fin de la vida política y el objeto último al que debe aspirar el Estado de derecho.

En función de lo expuesto, se puede incorporar también como supuesto de leyes extremadamente injustas aquellas que ordenan de forma directa o indirecta hacer un mal grave sobre otros participantes del esquema cooperativo. Tampoco aquí el deber de obediencia a la ley se mantiene. Uno tiene un deber moral de tratar al otro como un igual, esto es, como una criatura discursiva dotada de dignidad y titular de derechos básicos, y no apoyar medidas que nieguen a la persona. Quien, bajo el amparo de una ley que ordena cometer una injusticia, infringe un mal a su semejante, no lo respeta como tal. Un claro ejemplo de este tipo de situación lo da la desobediencia practicada por Thoreau, quien se negó a pagar impuestos a un Estado que los empleaba para hacer una guerra injusta contra México y además mantener la esclavitud⁶⁹. Otro ejemplo sucedía con aquellas normas que, en la Alemania Democrática, prescribían a los soldados el deber de tirar a matar a quienes cruzaran ilegalmente el muro de Berlín. Tras el proceso de reunificación, los centinelas fueron condenados por tales crímenes. El Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1996 confirmó las condenas impuestas y reconoció, entre otros argumentos dados por la Corte Suprema Federal, que la causa de justificación invocada por los acusados (actuar conforme a la norma) iba en contra de las ideas fundamentales de justicia y humanidad. Esto no se da en cualquier caso, aclaró el tribunal, sino que “la con-

(66) Cfr. RABBI BALDI, R. *Teoría general del derecho*, 4ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2016, p. 176.

(67) SPAEMANN, R. “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y derecho*, Vol. 19, 1988, p. 15.

(68) SAMPAY, A. E. *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, EUDEBA, Buenos Aires, 1995, p. 391.

(69) Como es sabido, Thoreau volcó sus reflexiones en el famoso ensayo *Desobediencia civil*, publicado en 1849.

tradicción de la ley positiva con la justicia debería ser tan insoportable como para que la ley, en tanto Derecho incorrecto, deba ceder ante la justicia⁷⁰. Semejante criterio se inspiró en la famosa fórmula Radbruch que dice “la injusticia extrema no es derecho”, el cual “habría sido invocado para juzgar los graves y violentos crímenes nacionalsocialistas, [pero] también valdría para el homicidio de personas en la frontera interior alemana, a pesar de que el mismo no podría ser equiparado con el asesinato en masa nacionalsocialista⁷¹. En Argentina, Lorenzetti resalta de forma expresa dicho estándar jurídico-moral en el citado fallo “Simón”, donde se discutió la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y de punto final⁷².

Una forma especial en la que también se realiza un mal sobre los ciudadanos que podría expresarse como una injusticia extrema son los actos de gobierno abusivos o, como reconocía Tomás de Aquino, leyes que “exceden los poderes de quien las instituye⁷³. En un Estado democrático de derecho el ejercicio de los poderes públicos o privados se legitima de acuerdo con la aplicación de los principios democráticos: la soberanía le corresponde al pueblo y este la ejerce, de forma directa o por medio de sus representantes, desde las distintas instituciones estatales. Pero, además, en tal forma de organización política el ejercicio del poder está sometido a los límites que se fijan en la Constitución Nacional y demás leyes. Si esto es así, todo acto que vaya más allá del ámbito de las competencias institucionales establecidas por el propio sistema jurídico puede considerarse como una forma de injusticia. El supuesto tiene una complejidad tal que hace difícil trazar la línea divisoria entre lo injusto y lo extremadamente injusto, aspecto esencial para responder a la pregunta acerca de si corresponde o no mantener la obediencia. En principio, si la ley tiene como fin realizar el bien común, se puede decir que subsiste el deber de obediencia con un carácter disminuido, como marca Finnis⁷⁴; pero si no, en modo alguno se puede sostener. El problema es que el supuesto, cuando se da reiteradamente y con cierta intensidad, puede desencadenar en algo muy grave a nivel institucional. Los actos abusivos tienen la especial capacidad de debilitar las instituciones democráticas y establecer las condiciones para la emergencia de sistemas autoritarios (una forma clara de injusticia extrema). Entre los autores de la filosofía política clásica, fue Locke quien se ocupó de tratar con mayor detalle este suceso. En *The Second Treatise of Civil Government* destacó tres ideas centrales: el carácter inalienable de ciertos derechos básicos, el consenso de los gobernados como elemento esencial de la autoridad legítima y la obligación primaria del gobierno de proteger esos derechos inalienables. En ese contexto agregó, como cuarta idea, que el pueblo puede legítimamente

(70) “Mauerschützen” (BVerfGE 95, 96), traducción de Eduardo Sodero disponible en VIGO, R. (ed.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 73-99.

(71) *Ídem*.

(72) Considerando 19, del voto de Lorenzetti.

(73) *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a.4.

(74) FINNIS, J. *Ley Natural y Derechos Naturales*, ob. cit., p. 389.

resistir y derrocar a aquel gobierno que no respete aquellos derechos básicos o se exceda en las competencias que le fueron dadas⁷⁵. A la luz de estos criterios, uno puede defender la tesis de que, cuando un Estado legítimamente establecido mute a uno tiránico por llevar adelante tales abusos, se habilita la posibilidad de ejercer la resistencia ciudadana. En Argentina se contempla una situación de ese tipo en la Constitución Nacional, la cual, mediante su reforma en 1994, incorporó en el artículo 36 el derecho de resistencia como respuesta al proceso de desconstitucionalización que vivió entre 1930 y 1983 a causas de los gobiernos militares (o cívico-militares) que se instalaron ilegítimamente en el poder⁷⁶.

Muchas de las situaciones de injusticia extrema descritas se enmarcan dentro de un último supuesto en el que siempre se anula el deber de obediencia al derecho: la “alienación”, la cual en el campo de la obligación política ha sido trabajada especialmente por autores como Gargarella⁷⁷ y Rosenkrantz⁷⁸, y también discutida por Gaido⁷⁹. Inspirados, al parecer, en el concepto de alienación laboral marxista⁸⁰, aquellos dos autores ofrecen una caracterización del concepto con ciertos matices distintivos. Así, Gargarella la concibe como aquella “situación en donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad, sino que se presenta como un conjunto de normas ajeno a nuestros designios y control, que afecta a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual la misma aparece sometida”⁸¹. Rosenkrantz, por su parte, dice que los individuos están alienados cuando *de derecho* son exitosamente excluidos de los procesos de toma de decisiones y *de hecho* las instituciones impiden que sus intereses

(75) LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Tecnos, Madrid, 2006, §§ 221 y ss.

(76) En otros países de América Latina el derecho de resistencia está plasmado en las constituciones de Cuba (artículo 3), Honduras (artículo 3), Ecuador (artículo 98) y Venezuela (artículo 350), entre otros. En Europa, cabe destacar como ejemplos el Proyecto de Constitución de la República de Italia de 1947 (artículo 50) y, en especial, la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949 (artículo 20, Inc. 4), cuyo texto aún está vigente.

(77) GARGARELLA, R. “La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal”, *Lecciones y Ensayos*, N° 80, pp. 63-90.

(78) ROSENKRANTZ, C. “La pobreza, la ley y la constitución”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, N° 15, 2002, s/n.

(79) GAIDO, P. “Do the Poor have the Duty to Obey the Law?”, en FERRER, J. y POZZOLO, S. (eds.), *Law, Politics and Morality: European Perspectives III. Ethics and Social Justice*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 121-30.

(80) Ver en especial MARX, K. “El trabajo alienado”, en *Manuscritos económicos-filosóficos de 1844*, Colihue, CABA, 2015, pp. 104-121. Vale aclarar que el problema de la alienación en Marx no se reduce al plano simplemente laboral ni tampoco es un fenómeno meramente psicológico. En realidad, se trata de una cuestión que, si bien comienza en el trabajo en cuanto punto central de la filosofía marxista, se expande y manifiesta en diversos ámbitos de la vida social e institucional, convirtiéndose en un fenómeno psicosociológico de carácter colectivo. Marx deja en claro este punto cuando habla de la alienación respecto al hombre como género.

(81) GARGARELLA, R. “La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal”, ob. cit., p. 63.

puedan ser tenidos en cuenta⁸². Siguiendo este tipo de perspectivas, se puede decir que, dentro de una concepción de la teoría de la obligación política como la que se defiende en este trabajo, la alienación constituye un estado de ruptura en la relación ciudadano-comunidad política que comprende dos aspectos: por un lado, y en un sentido objetivo, expresa la pérdida del *status* de participante en la empresa cooperativa, con todo lo que ello implica (imposibilidad de expresar sus interés, fomentar el cambio, decidir sobre el destino del proyecto común, etc.); y, por otro lado, y en un sentido subjetivo, supone la pérdida de identidad como miembro pleno de la asociación, a la que se percibe como algo extraño e incluso en oposición. En caso de darse una situación de este tipo está claro que la vigencia del deber de obediencia al derecho no se puede defender. Todo aquel que tome verdaderamente en serio a la persona y sus derechos ciudadanos coincidiría con esta postura.

V. Conclusión

Rosenkrantz, quien defiende en líneas generales la misma tesis que se postula en este trabajo, aunque desde otro enfoque, dice algo muy importante que interesa retomar en este cierre: afirmar que en situaciones de injusticia se debe mantener la obediencia al derecho es algo bastante duro, pero sin embargo “no nos tiene por qué desesperar”. Al contrario, sostiene que “desesperante sería que la injusticia afectara la autoridad del derecho pues si lo hiciera habríamos hecho imposible el único mecanismo que hemos inventado para mejorar nuestra sociedad”⁸³. Esto es cierto, pues es difícil negar que el derecho tiene un gran valor instrumental tanto para la configuración como para el desarrollo de las comunidades políticas. El derecho, como se suele reconocer, constituye una técnica social específica que permite promover la cooperación y asegurar la paz social⁸⁴; de ahí que su obediencia sin duda se vuelve un principio sumamente importante. Es que, como afirma Russell, “el respeto a la ley es una condición indispensable para la existencia de cualquier orden social”⁸⁵.

En sintonía con estas ideas acerca del valor del derecho, se puede justificar y además cobra pleno sentido la afirmación de que aquel vincula incluso en ciertas circunstancias de injusticia económica y social, siempre y cuando, claro está, no se traspase un límite de injusticia que afecte los derechos esenciales de las personas. Así, a pesar de que pueda haber aspectos poco claros o un tanto indeterminados -algo inevitable dada la complejidad del problema-, un enfoque que combina el deber de *fair play*, el deber natural político y el principio de bien común ofrece un

(82) ROSENKRANTZ, C. F. “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, ob. cit., p. 43.

(83) *Ibidem*, p. 57.

(84) Cfr. KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949, pp. 22-23; y RAZ, J. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM, México, 1982, pp. 144 y ss.

(85) RUSSELL, B. *Autoridad e Individuo*, FCE, México, 2005, p. 108.

armazón conceptual lo suficientemente sólido para apoyar semejante tesis y, lo cual es todavía más importante, seguir apostando a erigir una autoridad robusta del derecho -una que consolide los principios democráticos, fortalezca la cooperación social y promueva la justicia-, que redunde verdaderamente en beneficio de la comunidad en su conjunto.

Todo lo dicho no implica desconocer la gravedad del problema de las víctimas de injusticias sociales y económicas. Sin duda, el cuerpo ciudadano tiene que asumir una actitud de preocupación frente a ello. En especial, aquellos que se benefician del esquema de cooperación del Estado deben trabajar para mejorar el sistema o transformarlo, atendiendo a quienes no logran, por diversos motivos, acceder a un reparto de bienes justo que les permita llevar a adelante un plan de vida digno. El principio de bien común apunta precisamente a este objetivo. Pero, además, cabría incorporar un deber natural de ayuda mutua, que justifique que los ciudadanos apoyen todas las medidas del Estado a favor de lo menos aventajados y a mitigar las injusticias que estos sufren. Baste aquí solo con sugerir la idea, cuyo desarrollo más profundo será eventualmente motivo de otro trabajo sobre los diversos temas que giran en torno al problema de la obligación política.

VI. Bibliografía

- ALEXU, R. "Una defensa de la fórmula Radbruch", en VIGO, R. (ed.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 227-251.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, (edición griega de BYWATER, I.), Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988.
- BOBBIO, N. "La regla de mayoría: límites y aporías", en BOVERO, M. (ed.), *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 462-489.
- CHRISTIANO, T. "Freedom, Consensus, and Equality in Collective Decision Making", *Ethics*, Vol. 101, N° 1, pp. 151-181.
- DWORKIN, R. *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- DWORKIN, R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- FINNIS, J. *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GAIDO, P. "Do the Poor have the Duty to Obey the Law?", en FERRER, J. y POZZOLO, S. (eds.), *Law, Politics and Morality: European Perspectives III. Ethics and Social Justice*, Duncker & Humblot, Berlín, 2007, pp. 121-130.
- GARGARELLA, R. "La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal", *Lecciones y Ensayos*, N° 80, pp. 63-90.
- GARGARELLA, R. *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Buenos Aires, 1999.
- GARZÓN VALDÉS, E. "Representación y democracia", *Doxa*, N° 6, 1989, pp. 143-164.
- GREENAWALT, K. "The Natural Duty to Obey the Law", *Michigan Law Review*, Vol. 84, N° 1, 1985, pp. 1-62.

- GROSMAN, L. "Algunas reflexiones acerca de la teoría de la membresía", *Revista Discusiones*, Vol. 6, 2006, pp. 59-88.
- HART, H. L. A., "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review*, Vol. 64, N° 2, 1955, pp. 175-191.
- HART, H. L. A. "Obligación jurídica y obligación moral", *Cuadernos de Crítica*, N° 3, UNAM, 1977, pp. 5-33.
- HAYEK, F. A. *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1997.
- HECHT, J. "Fair Play: Resolving the Crito-Apology Problem", *History of Political Thought*, Vol. 32, N° 4, pp. 543-564.
- HORTON, J. P. *Political Obligation*, Pelgrave Macmillan, Basingstoke, 2010.
- KAGAN, S. *The Limits of Morality*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1989.
- KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949.
- KLOSKO, G. "Multiple Principles of Political Obligation", *Political Theory*, Vol. 32, N° 6, 2004, pp. 801-824.
- KLOSKO, G. "Presumptive Benefit, Fairness, and Political Obligation", en EDMUNDSON, W. A. (ed.), *The Duty to Obey the Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1999, pp. 193-212.
- KLOSKO, G. *Political Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- KLOSKO, G. *The Principle of Fairness and Political Obligation*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 2004.
- KLOSKO, G. *Why Should We Obey the Law?*, Polity Press, Cambridge, 2019.
- KNOWLES, D. *Political Obligation. A Critical Introduction*, Routledge, London, 2010.
- LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Tecnos, Madrid, 2006.
- MARX, K. "El trabajo alienado", en *Manuscritos económicos-filosóficos de 1844*, Colihue, CABA, 2015, pp. 104-121.
- MASSINI CORREAS, C. I. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, UNAM, México, 2004.
- NOZICK, R. *Anarquía, Estado y Utopía*, FCE, México, 1991.
- PLATÓN, *Leyes*, (edición griega de BURNET, J.), *Platonis Opera*, Tomo V, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1907.
- RABBI BALDI, R. *Teoría general del derecho*, 4ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2016.
- RADBRUCH, G. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.
- RAWLS, J. "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", en FREEMAN, S. (ed.), *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 117-129.
- RAWLS, J. "Unidad social y bienes primarios", en *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 263-289.
- RAWLS, J. *Liberalismo político*, FCE, México, 1995.
- RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 2006.
- RAZ, J. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM, México, 1982.
- ROSENKRANTZ, C. F. "La autoridad del derecho y la injusticia económica y social", *Revista Discusiones*, Vol. 6, 2006, pp. 17-57.

- ROSENKRANTZ, C., "La pobreza, la ley y la constitución", *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, N° 15, 2002, s/n. Disponible en <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17508> (Consultado en 23 de diciembre de 2022).
- ROSS, W. D. *The Right and the Good*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2007.
- RUSSELL, B. *Autoridad e Individuo*, FCE, México, 2005.
- SAMPAY, A. E. *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, EUDEBA, Buenos Aires, 1995.
- SEN, A. "Equality of What?", *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 13, University of Utah Press, Salt Lake City, 1980, pp. 197-220.
- SIMMONS, A. J. *Moral Principles and Political Obligation*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1979.
- SPAEMANN, R. "Sobre el concepto de dignidad humana", *Persona y derecho*, Vol. 19, 1988, pp. 13-33.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989.
- VÁZQUEZ, R. *Teorías contemporáneas de la justicia*, UNAM, México, 2019.
- VOSSSEN, B. van der, "Associative Political Obligations", *Philosophy Compass*, Vol. 6, N° 7, pp. 478-487.
- WALZER, M. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, Nueva York.
- WASSERSTROM, R. A. "The Obligation to Obey the Law", en EDMUNDSON, W. A. (ed.), *The Duty to Obey the Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1999, pp. 17-47.

EL CASO ADMINISTRATIVO NO PREVISTO EN LA ACTUALIDAD *

THE CURRENTLY UNFORESEEN ADMINISTRATIVE CASE

*Leonardo Massimino***

Resumen: Este trabajo analiza el modo en que los jueces resuelven e integran en la actualidad los casos no previstos en materia de derecho público. Las conclusiones revelan principalmente que el cambio de fuentes del derecho, operado como consecuencia de la incorporación de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico, trajo aparejadas nuevas estrategias de integración de los casos administrativos no previstos y, más precisamente, de resolución de los conflictos públicos. También se evidencia que la integración normativa se efectúa acudiendo a otras normas análogas o por vía de la supletoriedad a otros textos normativos, sin que la cuestión administrativa vea alterada su calificación jurídica.

Palabras-clave: Caso administrativo no previsto - Integración - Analogía - Subsidiariedad - Fuentes.

Abstract: This paper analyzes the way in which judges currently resolve and integrate unforeseen cases in matters of public law. The conclusions mainly reveal that the change in the sources of law, operated as a consequence of the incorporation of human rights in the legal system, brought with it new strategies for the integration of unforeseen administrative cases and, more precisely, for the resolution of public conflicts. It is also evident that the normative integration is carried out by resorting to other analogous norms or by way of supplementation to other normative texts, without the administrative question altering its legal qualification.

Keywords: Unforeseen administrative case - Integration - Analogy - Subsidiarity - Sources.

Sumario: I. Introducción. II. Planteo del tema. III. Los objetivos y el plan de exposición. IV. Algunas digresiones y precisiones necesarias. V. El pensamiento de Linares. VI. Los umbrales del derecho administrativo y el derecho común. Otras visiones. VII. La actualidad del planteo. Los cambios operados en el derecho. VIII. El caso administrativo “sí” previsto y el caso administrativo “no”

* Trabajo recibido el 31 de julio de 2023 y aprobado para su publicación el 18 de agosto del mismo año.

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina (UNC). Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad Católica de Córdoba. Profesor Adjunto de Derecho Procesal Administrativo (UNC). Correo electrónico: lfmassimino@hotmail.com

previsto. Algunas situaciones posibles. IX. El derecho administrativo y el CCCN. Recapitulación. X. El caso administrativo no previsto en la jurisprudencia del TSJ. XI. A modo de conclusión.

I. Introducción

El título de este trabajo nos remite a la obra de Juan Francisco Linares quien en 1941 publicó un artículo titulado *“El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*. Parte de esas ideas -con agregados y supresiones-, se plasmaron en un pequeño libro del mismo autor *“Caso administrativo no previsto”*¹, que es el que motiva esta presentación.

El citado autor formula una serie de proposiciones respecto del modo en que se presenta e integra el caso administrativo no previsto.

Los cambios suscitados desde la época en que fueron formulados tales planteos hasta la actualidad son muchos y variados, tanto en el campo normativo como en el fáctico. Así, además de la natural evolución operada en el ámbito del derecho, nadie puede negar la mayor complejidad que en forma creciente se producen en las relaciones del Estado con los particulares acaecidas con el advenimiento del Estado social y democrático de derecho. Es que las necesidades crecientes de las personas y la problemática concomitante de la escasez de los recursos disponibles para satisfacerlas, enfrentan al operador administrativo a nuevos y desafiantes supuestos que debe atender cotidianamente. La aparición del fenómeno de los grupos más vulnerables, de las minorías segregadas, sin dejar de lado las particularidades de la situación de determinados colectivos, conducen a la ocurrencia de una mayor cantidad de casos no previstos por la normativa aplicable.

La situación no deja ser paradójica si se tiene en cuenta que, si bien por un lado estamos frente a un fenómeno de una sobre regulación o abundancia de preceptos; por el otro, dicha complejidad jurídica ha venido de la mano de una aparente mengua en la tutela de los derechos fundamentales en la práctica.

En ese contexto complejo, entonces, resulta oportuno volver a repasar las enseñanzas del autor citado respecto del quehacer del operador del derecho frente al caso administrativo no previsto en la actualidad.

II. Planteo del tema

El modo en que el intérprete -sea el juez, el funcionario, el abogado frente al caso- integra el marco normativo aplicable al caso concreto no es neutro ni para la administración ni para el ciudadano; es decir, en cualquier caso, el operador jurí-

(1) LINARES, Juan F. *Caso Administrativo no previsto*, Astrea, Buenos Aires, 1976.

dico integra el razonamiento jurídico -consciente o inconscientemente- a partir de ciertos valores, ideas o principios que sustentan sus razonamientos y conclusiones.

En ese entendimiento surgen un sinnúmero de interrogantes que inciden directamente en la cuestión planteada, a saber: ¿cómo resuelve o integra el intérprete los casos administrativos no previstos, normativa o axiológicamente?, ¿los integra utilizando siempre -o casi siempre- las mismas estrategias o las utiliza selectivamente, según la clase o naturaleza de asuntos que debe resolver? Puede preguntarse también, ¿cuáles son las fuentes del derecho a las que acude para resolver el caso? Por ejemplo, cuando estudiamos la temática de la responsabilidad del Estado, ¿lo hacemos según las reglas y principios del derecho común o del derecho público?, ¿aplicamos los principios y reglas que surgen del derecho público nacional, del ámbito provincial o del contexto municipal?, ¿el intérprete es consciente o no de las estrategias que utiliza en la tarea integrativa?, etc.

En ese contexto, en definitiva, surgen diversos interrogantes cuya respuesta por cierto excedería el propósito de este trabajo. Sin embargo, consideramos prioritario indagar si las enseñanzas y advertencias de Linares se mantienen vigentes o si, por el contrario, el transcurso del tiempo y la evolución -jurisprudencial y legislativa- han disipado la validez de aquellos planteos. Al respecto, argumentaré que los planteos de Linares tuvieron sustento en su momento, esto es, en la etapa inicial de formación del derecho administrativo, acaecida a imagen y semejanza del derecho civil. Empero, en la actualidad de la disciplina *ius publicística*, la actuación de las administraciones públicas está sujeta al derecho concebido como una unidad sistémica toda vez que, conforme se desprende de los textos fundamentales vigentes, la actuación de la Administración Pública hoy no está sujeta a la *ley* sino también al *derecho*. El cambio de fuentes acaecidas en el ámbito del derecho trajo aparejadas nuevas estrategias de integración de los casos administrativos no previstos y más concretamente de resolución de los conflictos públicos. Como vemos, estas nuevas concepciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales, tienen consecuencias prácticas relevantes en cuanto al modo en que se resuelven o integran estos casos en la actualidad.

Para poner en evidencia estas afirmaciones, se analizará jurisprudencia relevante emanada del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (TSJ) indagando sobre el modo en que el Alto Cuerpo efectúa la integración normativa en los casos administrativos no previstos en la actualidad.

III. Los objetivos y el plan de exposición

El objetivo general del trabajo es establecer el modo en que los jueces resuelven e integran los casos administrativos no previstos por el ordenamiento jurídico en la actualidad.

Se establece como objetivos específicos, en primer lugar, determinar en qué situación y/o cuándo estamos en presencia del denominado *caso administrativo no*

previsto; en segundo lugar, relevar el modo en que la práctica jurisprudencial lleva a cabo la integración de los casos administrativos no previstos; en tercer término, identificar las propiedades o características relevantes que presentan dichos casos; seguidamente, sistematizar las estrategias empleadas por los operadores jurídicos para integrar los casos administrativos no previstos y, finalmente, formular las conclusiones que permitan reflejar de algún modo los hallazgos que deriven de los análisis efectuados.

Para ello, el orden de la exposición será el siguiente. Primero, se plantea brevemente la problemática, despejando algunos conceptos relevantes. Segundo, se repasa, siguiendo los lineamientos sentados por Linares, el modo en el que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) se vincula, a través de sus preceptos, con el derecho público en general y el derecho administrativo en particular. Posteriormente, se analiza -en concreto- el modo en que la jurisprudencia integra los casos administrativos no previstos. Al respecto y así como Linares basó sus conclusiones en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), este estudio se refiere particularmente a precedentes emanados del TSJ en los que se hubiere abordado la temática (caso administrativo no previsto), a partir de la sanción del nuevo CCCN. Esta delimitación temporal y espacial tiene en cuenta, además del carácter eminentemente local de las relaciones jurídicas administrativas, la propia naturaleza del problema abordado que es inherente a sistemas normativos concretos. Por último, se exponen algunas consideraciones a modo de conclusión.

IV. Algunas digresiones y precisiones necesarias

Con el propósito de evitar ciertos tecnicismos que exigirían larga explicación, a los fines de este trabajo, basta decir que el concepto de “caso administrativo no previsto” que empleamos es equivalente al concepto de “caso no previsto” utilizado en la argumentación jurídica de cualquier rama del derecho, sea público o privado, sin que la presencia de principios o normas de derecho público tenga aquí implicancias conceptuales diferenciales o relevancia práctica alguna formular alguna diferenciación al respecto. Ello es así por cuanto el *caso administrativo no previsto*, no es sino un *caso no previsto* en el ámbito de la materia administrativa, sin que ésta posea materialidad o sustancia derogatoria alguna respecto del modo en que la ciencia del derecho estudia estos últimos. Por esa razón, los abordajes propuestos por la doctrina en relación al *caso no previsto* son aplicables al caso administrativo no previsto, con las particularidades que ocuparé de señalar en este trabajo.

Recordemos que los sistemas jurídicos, entre los problemas lógicos, pueden presentar redundancias, superposiciones y lagunas normativas. En relación a estas últimas, Alchourrón y Bulygin definen el concepto de laguna de derecho o normativa diciendo que “*un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de*

determinada conducta (o sea una solución). En otras palabras, hay una laguna del derecho cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa”².

En esta definición se utiliza la palabra *caso* en sentido genérico como clase de acontecimientos (por ejemplo, cuando hablamos del caso de “despido del agente”), no se hace referencia a hechos individuales (como el despido ocurrido del agente Pedro del Municipio X). Los casos que se determinan para determinar la existencia de lagunas, son los pertenecientes a un universo de casos constituido a partir de que estén presentes o ausentes ciertas propiedades relevantes. Por ejemplo, si tomamos dos propiedades: 1) que el agente sea permanente o no; los casos serán dos, según el agente sea permanente o sea contratado. En cuanto a las soluciones posibles, hay que partir de la acción cuyo encuadramiento jurídico pretendemos determinar³.

Además del concepto de laguna normativa que acabamos de explicar y ejemplificar, tenemos que exponer la noción de laguna axiológica (valorativa), que muchos juristas confunden con el primer concepto. Una laguna axiológica se daría, pues, cuando un caso está correlacionado con un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para que ese caso, de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas⁴.

Como hemos dicho, las lagunas axiológicas se confunden muchas veces con las lagunas normativas. Sin embargo, es obvio que en los casos de lagunas normativas el derecho estipula una solución para ese caso. Lo que ocurre es que como los juristas y jueces consideran que el legislador no hubiera establecido la solución que prescribió si hubiera reparado en la propiedad que no tomó en cuenta, concluyen que la solución estipulada, pero que les resulta irrazonable o injusta, no debe aplicarse al caso, constituyéndose una laguna⁵.

En cuanto al concepto de *fuentes* del derecho hacemos referencia a un concepto amplio comprensivo del clásico listado (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley. Por cierto, a esta altura de la evolución, corresponde entender a esta última en un sentido amplio, como comprensivo de los Tratados de Derechos Humanos, la Constitución Nacional (CN), Constitución de la Provincia de Córdoba (CP), leyes inferiores, etc.

(2) NINO, Carlos S. *Introducción al análisis del derecho*, 2º edición ampliada, 17º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 281. Por su parte, Linares aclara que toma como género el concepto de caso no previsto (o ley insuficiente), el cual presenta tres especies: a) la ley incompleta; b) la ley de individuación estrecha; y c) la ley faltante o caso no previsto en sentido estricto. En este sentido amplio el caso no previsto cubre las tres especies y su obra se refiere a la expresión en ese sentido amplio (cfr. LINARES, Francisco. *Caso...ob cit.* p. 18).

(3) *Ibidem.*

(4) NINO, Carlos S. *Introducción... ob. cit.* p. 287.

(5) *Ibidem.*

Finalmente, cabe recordar que la aplicación de una determinada normativa a un caso concreto puede ser *directa*, *subsidiaria* o *analógica*. La aplicación normativa es *directa* cuando el caso presentado posee una solución determinada en el sistema de normas considerado. La aplicación normativa es *subsidiaria* cuando, si bien no existe una norma que prevea una solución para el caso presentado, aquélla debe buscarse en otro ordenamiento que se aplica en subsidio ante el silencio del primero. Por último, cabe decir que la *analogía* consiste en asimilar el caso no calificado normativamente por otro que lo esté sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos”⁶.

V. El pensamiento de Linares

A esta altura conviene recordar que la tesis central de Linares es que cuando se aplican los códigos a un caso administrativo no previsto por la ley o contrato administrativo, no se los aplica por *analogía* sino *subsidiariamente*, y que la invocación del uso de la analogía en los fallos de la Corte Suprema es un error científico y técnico jurídico cuyos resultados prácticos implican un aumento innecesario y peligroso del arbitrio de los órganos estatales.

Según el autor no se trata, pues, de una mera cuestión de palabras ni de introducir *oborto collo* situaciones en las cuales prevalece el interés público en moldes rígidos del Derecho Privado, sino de dar razón coherente y científica a la aplicación de los códigos a casos de Derecho Administrativo no contemplado por las leyes y contratos administrativos.

Y el peligro al que se refiere se reduce con la aplicación subsidiaria de los códigos, pues el órgano estatal, en definitiva, la justicia, no crea la norma general que aplica en el supuesto al que aludimos. Sólo si la aplicación de la ley común consagra una injusticia, será el caso de no usarla y de recurrir a la analogía, o de aplicarla, pero con ciertas atemperaciones en pro de lo justo. Ejemplifica que lo que hizo la Corte Suprema en la causa “Los Lagos”, volviendo al código civil para su aplicación, pero por analogía “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia” del Derecho Administrativo, correspondía que se hiciera simplemente por aplicación subsidiaria del código civil -en las partes de las nulidades- con las “discriminaciones” impuestas por la naturaleza público privada del caso.

Advierte que la Corte, al haber declarado implícitamente no prevista la causa referida, podría haber desdeñado también las normas del código civil sobre nulidades, y haberse acogido a los principios generales del Derecho Administrativo, o los principios generales del derecho, o importar normas o principios tan argentinos como los de Italia fascista de aquella época o de Francia o Noruega, que admitie-

(6) NINO, Carlos. *Introducción...*, ob. cit., p. 281. También ver BALBIN, Carlos. *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 311.

ran la validez de un acto administrativo como el impugnado en “Los Lagos” pues pese a que carecían de ciertas normas constitucionales que nuestra ley máxima, en cambio, establece y que la Corte Suprema venía desde años atrás aplicando con ejemplar prudencia⁷.

En consecuencia, según el autor, el orden en que deben aplicarse las leyes en casos no previstos por la ley administrativa específica es el siguiente: 1) Las normas de Derecho Administrativo incluidas en los códigos comunes que contemplen el caso; 2) Las normas de Derecho Civil de los códigos aplicadas subsidiariamente, salvo en la parte que sean incompatibles con el sustrato del caso o con ciertas evaluaciones como “intereses públicos”, “bien común público”, “intereses superiores de la Administración”, en cuya emergencia subsiste, bajo este limitado aspecto, el caso no previsto por ley incompleta, que debe resolverse por analogía mediante leyes de derecho administrativo o en último extremo con principios generales del derecho administrativo o con los del derecho en general; 3) Si no existen normas de derecho común aplicables subsidiariamente, hay que acudir a la aplicación analógica de normas administrativas o a los principios de derecho administrativo y generales del derecho.

Por tanto, el autor considera objetable el criterio de la segunda época de la jurisprudencia de la Corte Suprema por cuanto, ante el caso no previsto, se aplican normas comunes, pero se lo hace por analogía. No se trata aquí de una cuestión de palabras. No es lo mismo aplicar normas jurídicas por analogía que hacerlo subsidiariamente, porque el arbitrio del juez en el primer modo es mucho mayor que en el segundo. En el primero no se sale del orden jurídico como fundamento formal de legalidad, al paso que en el segundo sí, pues aquí se explicita una norma o parte de una norma y allá no. El valor seguridad y el valor orden, así como el principio de legalidad, fuerzan a utilizar la extensión interpretativa sólo como *ultima ratio*, pues en el Estado de derecho ese principio de la legalidad es contrario en su esencia a todo lo que sea gobierno de los hombres y no de la ley, y por tanto, al de un órgano administrativo o un juez que actúe como legislador, ya creando, ya meramente explicitando normas generales, aun sobre la base de un texto legal-formal como el artículo 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield (CC)⁸.

VI. Los umbrales del derecho administrativo y el derecho común. Otras visiones

El tema de este trabajo es abordado también por otros autores, aunque con matices que conviene repasar con el propósito de mostrar su opinabilidad.

Así, por ejemplo, Balbín afirma que el intérprete ante el caso administrativo no previsto tiene dos caminos. Por un lado recurrir a las leyes análogas en el marco del

(7) LINARES, Juan Francisco. *Caso...*, ob. cit. pp. 13 y ss.

(8) LINARES, Juan Francisco. *Caso...*, Ob. Cit., pp.124 y ss.

derecho público, invocar los principios generales del derecho administrativo y, por último, las leyes análogas del derecho civil. Por el otro, los pasos son los siguientes: a) aplicar las leyes análogas en el derecho público, b) las leyes análogas del derecho civil y, por último, c) los principios generales del derecho administrativo. Luego agrega el autor “(...) Creemos que el camino correcto es el segundo, es decir, aplicar las leyes análogas propias o ajenas y sólo luego los principios generales. Por el contrario, si pasamos directamente de las leyes análogas del Derecho Público al campo de los principios generales, entendemos que este camino es más incierto e impreciso que el de las leyes semejantes del Derecho Privado porque los principios constituyen reglas cuyo mandato es más vago y ambiguo. Es más razonable, entonces, recurrir previamente a las normas del Derecho Privado en términos análogos y sólo luego, a los principios generales (...)”⁹.

Por su parte, la primacía del derecho administrativo y la aplicación subsidiaria del Código Civil debieron haber sido incluidas en el nuevo código unificado, según opinan Dromi y Mertehikian. Estos autores planten, en efecto, la necesidad de establecer expresamente que las regulaciones del nuevo CCCN son supletorias a las regulaciones específicas del derecho administrativo en caso de indeterminación o ausencia de las mismas, con excepción de las contenidas en el título preliminar, de las que regulan institutos “comunes” de aplicación directa en el derecho público y privado, y las de derecho público contenidas en el código¹⁰.

Como vemos, el itinerario que debe seguirse frente al caso administrativo no previsto es una cuestión que suscita diferentes opiniones. Ciertamente, aunque pueda afirmarse que al final de cuentas no debiera haber diferencias significativas de los resultados que se obtengan según se siga uno u otro camino -dada la tendencia a la homogeneización que producirían, en cualquiera de ellos, la aplicación común de las normas que resultan de los tratados de derechos humanos (cfr. artículo 75 inciso 22 CN)- lo cierto es que, aun así, debe repararse en esta cuestión, pues no es indiferente los resultados que se obtengan encontrándose involucrados los derechos individuales y prerrogativas públicas.

VII. La actualidad del planteo. Los cambios operados en el derecho

La ciencia del derecho público y privado han evolucionado considerablemente desde la época en la que Linares formuló sus proposiciones pues, como sabemos, desde entonces ha habido múltiples variaciones, tanto en el plano legislativo, jurisprudencial como en el doctrinario, al que ya aludimos.

En efecto, el derecho constitucional comparado revela que la actuación de las administraciones públicas está sujeta en la actualidad al derecho concebido como

(9) BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 310.

(10) DROMI, Roberto - METEHIKIAN, Eduardo. *Reflexiones de derecho público al Proyecto de Código Civil y Comercial, A propósito del título preliminar*, Ciudad Argentina, Hispana Libros, RAP, Buenos Aires, 2012, pp. 101 y 102.

una unidad sistémica. En tal sentido, se ha dicho, las reformas introducidas, por ejemplo, por la Ley de Bonn -artículo 20 ap. 3º-, la constitución italiana de 1948 -artículo 97- y la constitución española -artículos 9.2 y 103.1- expresan que la actuación de la Administración Pública hoy no sólo está sujeta a la “ley” sino también al “derecho”¹¹.

En nuestro país, por su parte, la reforma de la Constitución Nacional introdujo innumerables cambios sobre todo y en lo que aquí interesa, la incorporación en el sistema de fuentes de los tratados de derechos humanos como fuente suprema (artículo 75 inciso 22 ib.). Ha sucedido también que una gran cantidad de Provincias argentinas han reformado sus constituciones locales y han dictado y/o reformado sus respectivas normas procesales administrativas y de fondo. Y sobre todo, como sabemos, en el año 2015 se dictó el CCCN que viene a introducir significativos aportes en esta materia, sobre todo a la luz de su título preliminar y a lo largo de todo su articulado.

En efecto, en el título preliminar, el CCCN contiene dos capítulos: “Capítulo 1 Derecho” y “Capítulo 2 Ley”. En ese contexto, el artículo 1º - “Fuentes y aplicación” dispone: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

A su turno, el artículo 2º “Interpretación” establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Por su parte, en la jurisprudencia de la CSJN también hay variaciones significativas en lo que respecta a las estrategias o métodos empleados en la aplicación del derecho en aquellos casos en los que, dadas las propiedades relevantes presentadas en ellos, era necesario su análisis o la aplicación del derecho público. En tal sentido y como analizaremos más abajo, podría decirse que, por ejemplo, en terrenos en los que otrora se aplicaba la ley civil por analogía, se aplican ahora en forma directa normas de derecho administrativo.

Sin embargo, como ya señalamos, los lineamientos postulados por el autor glossado con el propósito de abordar el caso administrativo no previsto mantienen su plena utilidad práctica. Es más y en lo que aquí interesa, podemos afirmar que las observaciones formuladas por el citado autor en cuanto al temperamento del caso no previsto en la jurisprudencia se ha consolidado adaptándose al nuevo sistema de fuentes de derecho, sin que mayoritariamente se repare en estos aspectos. De allí

(11) SESIN, Domingo. *El derecho administrativo en reflexión*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, p. 307 y ss.

justamente, en mi opinión, la necesidad de volver a ver cómo abordamos esta temática para asegurar la más plena y efectiva aplicación de los derechos fundamentales.

VIII. El caso administrativo “sí” previsto y el caso administrativo “no” previsto. Algunas situaciones posibles

1. El caso administrativo “sí” previsto

En primer lugar debe repararse en la situación paradigmática del caso administrativo que sí está previsto; es decir, aquel caso que se encuentra descrito o contemplado por la ley administrativa, por el contrato o el acto administrativo, o simplemente el caso que sí posee un tratamiento específico por el ordenamiento de derecho público aplicable. En estos supuestos, entonces, estamos en presencia de un caso administrativo sí previsto cuya solución o tratamiento jurídico es la que resulta del régimen, contrato, acto o situación de derecho público considerado.

En relación a este primer lineamiento debemos formular algunas consideraciones respecto de la afirmación según la cual el derecho administrativo es el derecho común de la Administración ya que, a partir de esta visión, podría afirmarse, erróneamente a mi modo de ver, que el derecho administrativo contempla, a partir de los principios y normas de derecho público que comprende, una solución para todos los casos administrativos que pueden presentarse.

Recordemos que autorizada doctrina reconoce que el derecho administrativo como *ius commune* de la administración se formó a partir del derecho civil aunque actualmente no necesita acudir a aquél para justificar y fundamentar su papel de *ius commune* y su anclaje constitucional. En efecto, explica que orillando la polémica sobre lo que hace muchos años denominó derecho administrativo “inexistente” y derecho administrativo “desconocido” o irrecognocible lo cierto es que no faltan testimonios en la doctrina científica, y en los derechos positivos, de que el derecho administrativo o, al menos, algunas de sus instituciones, se han construido con referencia al derecho civil, en un mecanismo que Meilán Gil se atrevió a calificar de “imitación y complejo” al iniciar su carrera docente.

Esa relación o dependencia original es reconocida en Alemania por dos autores distanciados en el tiempo como Otto Mayer y Wolf; Hauriou en Francia o Colmeiro en España en los que se refleja también el ambiente ideológico dominante en la sociedad. Asentado doctrinalmente el derecho administrativo es preciso extraer todas las consecuencias de su carácter de derecho común no relegado ya a unas “leyes especiales” como hacía el código civil de 1889¹².

(12) MEILÁN GIL, José Luis. *Categorías Jurídicas en el derecho administrativo*, Escola Galega de Administración Pública, iustel, Madrid, España, 2011, p. 20.

Sobre semejante pretensión es dable considerar que la formación de categorías específicas en la disciplina ius publicista es un dato objetivo que no puede desconocerse. Sin embargo, no puede afirmarse un derecho común de la Administración para predicar un campo distinto y separado de otras ramas del derecho del derecho -en especial del civil-. Semejante pretensión -tan empeñada en separarse de su referencia original- desconoce un dato esencial cual es considerar la dirección de los cambios y las tendencias y ellos residen en la conformación de conceptos, principios, teorías generales comunes de todo el Derecho, concebido como éste “unidad”, incompatible con la sectorización que esa expresión “derecho común de la Administración” connota.

2. El caso administrativo previsto en las normas o preceptos incluidos en los códigos de derecho común

Los casos no previstos por la ley o contrato administrativa específica, sí pueden estarlo en leyes o códigos de derecho común. En efecto, suelen presentarse casos que están previstos en leyes o cuerpos de leyes que no poseen naturaleza administrativa, aunque las normas o preceptos allí incluidos, sí las tengan. Veamos algunos supuestos.

En tal sentido, advertimos que el nuevo CCCN continúa regulando cuestiones de derecho público, e incluso añade nuevas disposiciones materialmente administrativas respecto del CC. En efecto, el nuevo código remite al derecho administrativo (o, en sentido genérico, a las “normas locales”) en diversas materias, como los bienes de incidencia colectiva, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, la observancia de los mandatos judiciales sobre sanciones conminatorias impartidos a las autoridades públicas, el dominio público y los nuevos “derechos” reales. Asimismo ordena o regula la intervención de autoridades administrativas en variadas cuestiones dispersas a lo largo de todo su articulado, como lógica consecuencia de la inclusión de diferentes tópicos anteriormente sometidos a leyes especiales.

Además, el CCCN contiene disposiciones de derecho administrativo sobre la protección de la vivienda, derechos del consumidor, responsabilidad en las construcciones, contrato de transporte, propiedad comunitaria indígena, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, entre otras.

3. Otro tipo de relación entre el CCCN y el derecho público

Cabe traer aquí otro tipo de interrelación entre el CCCN y el derecho público que constituye la expresa mención a la aplicación subsidiaria del primero en ciertas cuestiones reguladas por este último.

Al respecto, es de destacar que la solución que consagra el nuevo código sobre el particular es considerada como desafortunada por autorizada doctrina porque, según afirma, es aplicada con una absoluta falta de sistematicidad en dos artículos

del código¹³. Sin embargo y en respuesta a esa objeción, podría decirse que se trata de una solución legal acertada en un código de fondo pues una referencia genérica o en bloque de aplicación subsidiaria de normas hubiera importado una norma de clausura incompatible con la riqueza que permite los distintos vínculos entre las normas de derecho civil y administrativo.

Volviendo sobre las normas que expresamente prevén una aplicación subsidiaria del CCCN al derecho administrativo, en efecto, por una parte, el artículo 1193 establece al tratar el contrato de locación, bajo el título “Contratos regidos por normas administrativas”, que “si el locador es una persona jurídica de derecho público, el contrato se rige en lo pertinente por normas administrativas y, en subsidio, por las de este Capítulo”¹⁴.

El otro artículo que incluye la aplicación subsidiaria del código en materia administrativa es el artículo 1970 que establece que “los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción...”.

4. Aplicación subsidiaria

En este punto debe recordarse, como señala Linares, que hay normas de derecho civil de los códigos aplicadas subsidiariamente, salvo en la parte que sean incompatibles con el sustrato del caso o con ciertas evaluaciones como “intereses públicos”, “bien común público”, “intereses superiores de la Administración”, en cuya emergencia subsiste, bajo este limitado aspecto, el caso no previsto por ley incompleta, que debe resolverse por analogía mediante leyes de derecho administrativo o en último extremo con principios generales del Derecho Administrativo o con los del derecho en general.

Postula Linares que -a diferencia del temperamento indicado por la doctrina y tenido en cuenta por la CSJN en ciertos casos- que sólo entonces, después de demostrada la inaplicabilidad subsidiaria del código, aparece el uso obligado de la analogía jurídica, y en ausencia de leyes análogas, el de los principios de derecho administrativo y, en último caso, el de los principios generales del derecho. Pero téngase siempre en cuenta que la eliminación de una norma común no puede hacerse *a priori* y de plano como axiológicamente inválida, sino para cada caso concreto; y aunque en cien casos se la haya eliminado, eso no impedirá que en un nuevo caso de nuevo matiz pueda ser aplicable, aun sin que haya “cambio de jurisprudencia”, por consagrar y satisfacer las exigencias axiológicas de ese nuevo caso, siempre que tal decisión armonice con un sistema coherente de normas y principios¹⁵.

(13) Ver con provecho, DROMI, Roberto. *Reflexiones...*, ob. cit., pp. 97 y ss., a quien seguimos en este apartado.

(14) Ver crítica de estos artículos 1193 y 1970 en DROMI, Roberto, *Reflexiones...*, ob. cit., p. 97.

(15) LINARES, Juan F. *Caso...*, ob. cit., p. 110.

Aun suponiendo que se llegara a demostrar mediante interpretación histórica y exegética del Código Civil que éste se dictó “para no aplicarse” al Estado en sus relaciones de derecho público, en defensa de su tesis -dice Linares- bastaría señalar que el Código Civil no contiene ninguna disposición genérica que prohíba su aplicación a esa conducta. Por el contrario, cada vez que ha querido eliminar esa aplicación así lo ha hecho (véanse los artículos 1502 y 2611 del CC).

5. Aplicación analógica

Si no existen normas de derecho común aplicables subsidiariamente, hay que acudir a la aplicación analógica de normas administrativas o a los principios de derecho administrativo y generales del derecho.

Nótese que en esta etapa es donde se bifurcan los enfoques sobre el camino a seguir pues para Linares, sólo después de comprobar que no existen normas de derecho común aplicables subsidiariamente, es cuando corresponde acudir a la aplicación analógica de normas administrativas mientras que, para otros autores, es a la inversa.

IX. El derecho administrativo y el CCCN. Recapitulación

Como corolario de lo señalado hasta aquí vemos que el CCCN se relaciona de diversos modos con el derecho administrativo y legisla en esa materia del siguiente modo, a saber¹⁶:

- a) algunas veces incorpora directamente normas de derecho administrativo como las de los artículos 930 (pago por compensación)¹⁷,
- b) otras veces expresa, como en el artículo 1193, que el arrendamiento de bienes fiscales se rige por norma de derecho administrativo, y sólo en subsidio se aplican las disposiciones del código¹⁸. De igual modo, el artículo 1970 dispone que los límites impuestos al dominio en este capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción;
- c) la tercera especie es la clase de normas del artículo 2341, que establece que en materia de uso de bienes de dominio público rige el Código Civil, pero estará ese uso sometido también a las ordenanzas generales o locales. Otras disposiciones similares a las de dominio público son las de los artículos 2542 y 2549, referentes a la apropiación por caza y que establecen que ésta

(16) En este apartado seguimos a LINARES, Juan F. *Caso...*, ob. cit., pp. 108 y ss.

(17) Ex artículo 823, hoy artículo 930; ex artículos 1443 y 1449, ahora derogados; ex artículos 3879, 3880 y 3901, ahora derogados; hoy artículos 2580 y 2585.

(18) Ex artículo 1502, ahora artículo 1193.

se rige por las normas del Código Civil y los reglamentos de policía de las autoridades locales¹⁹;

- d) en materia de prescripción no distingue entre la de obligaciones fiscales y la de obligaciones particulares, y por tanto nuestros jueces aplican sin distinciones esos principios, salvo que medie ley administrativa que establezca otra cosa;
- e) por último, ciertos artículos, como el artículo 1970, expresamente transfieren al derecho administrativo la regulación de restricciones y límites al dominio²⁰.

El CCCN se enmarca en las tendencias constitucionales y jurisprudenciales que, desde hace tiempo, postulan que la actuación administrativa está sometida no solo a la *ley*, sino también al *derecho*. En ese sentido, resulta trascendente la incorporación de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, como fuente de derecho (artículo 1). A su turno, también se destaca que el juez, en la búsqueda de una decisión fundada razonablemente, debe hacerlo conforme los métodos de interpretación que consagra el artículo 2.

Asimismo, el nuevo CCCN no eliminó su total aplicación a situaciones de derecho administrativo siendo todas las disposiciones citadas en este trabajo evidencia de ello. Tampoco dispuso una solución en bloque respecto al modo en que debían aplicarse las normas de derecho administrativo. Por el contrario, surge que el nuevo CCCN sí refiere al derecho administrativo y/o contiene diversas normas de naturaleza administrativa a lo largo de su articulado y con distintas técnicas de vinculación.

X. El caso administrativo no previsto en la jurisprudencia del TSJ

1. La unidad del ordenamiento jurídico

Previo a ingresar en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia conviene recordar, tal como se viene desarrollando, que la actuación de la Administración Pública hoy no sólo está sujeta a la *ley* sino también al *derecho*²¹.

Las consecuencias teóricas y prácticas de estos nuevos modos de concebir el derecho son múltiples. En lo que aquí interesa, cabe destacar que estas tendencias habidas en esta materia plantean modos de integración normativa impensados hace tiempo. En efecto, con motivo de esta evolución, se identifica un verdadero cambio

(19) Ex artículos 2341, 2342 y 2549; ahora artículos 237, 236.

(20) Ex artículo 2611, hoy artículo 1970.

(21) SESIN, Domingo. *El derecho administrativo...*, ob. cit., pp. 307 y ss.

del sistema de las fuentes de derecho a las que acude el intérprete a la hora de llevar a cabo la interpretación normativa.

En el marco de esa amplitud sistémica, la práctica jurisprudencial revela que la integración normativa se efectúa acudiendo a otras normas análogas ora por vía de la supletoriedad a otros textos normativos; ora el Código Civil u otras fuentes legales, sin que la cuestión administrativa vea alterada su calificación jurídica.

En otras palabras, la jurisprudencia relevada exhibe que, aunque en una determinada causa se ventile una cuestión materialmente administrativa o se refiera a una relación jurídico-pública, la integración hermenéutica se efectúa acudiendo a normas, preceptos o principios alojados -por razones históricas- en otros ámbitos del derecho, sin que por ello, la cuestión pierda su naturaleza administrativa.

2. *La proyección de esos conceptos en la jurisprudencia analizada*

En ese entendimiento, en los apartados siguientes se efectúa un estudio y análisis de los casos sometidos a conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en los que, tal como fuera establecido en los objetivos iniciales, se procura indagar respecto del modo en que el Alto Cuerpo efectúa la integración normativa en los casos administrativos no previstos en la actualidad.

Advierto que esta tarea -que luce sencilla en su enunciado-, no ha estado exenta de dificultades o escollos en la práctica. Ello así toda vez que, como ocurre en este tipo de labores, fue necesario establecer ciertas precisiones que naturalmente tienen incidencia en el modo de apreciar los hallazgos y, consecuentemente, en las conclusiones resultantes. Me refiero en concreto al tipo de materias o cuestiones a las que se referían los casos seleccionados y, además, la definición del período de tiempo considerado (corte temporal) para la selección de los precedentes. En relación a la primera cuestión, se seleccionaron sentencias con un criterio sustancial amplio; es decir, que versaran sobre distintas categorías administrativas, tales como acto administrativo, contrato administrativo, empleo público, entre otras. Cabe aquí, no obstante, señalar un aspecto que se valora de modo positivo a la hora de referirnos a la doctrina que se desprende de esa jurisprudencia. En efecto, el cotejo de los casos seleccionados, a la luz del principio de juridicidad²², permite identificar un hilo conductor homogéneo que revela una evolución conceptual de las decisiones adoptadas en cada caso, acorde con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho.

Por su parte y en cuanto al corte temporal de la muestra de los fallos considerados, destaco que, si bien se planteó originariamente que el trabajo comprendería un estudio jurisprudencial referido al caso administrativo no previsto teniendo en cuenta pronunciamientos dictados a partir de la sanción del nuevo CCCN y hasta

(22) SESIN, Domingo. *El derecho administrativo...*, ob. cit., p. 307 y ss.

la actualidad, lo cierto es que no se evidenciaron precedentes del Alto Cuerpo en los que se hubiere aludido a esa nueva normativa como presupuesto de integración de casos no previstos.

3. La aplicación de un precepto por analogía a un caso no previsto

Tal como señalamos, la jurisprudencia examinada revela que, entre otras estrategias hermenéuticas, la integración normativa del caso administrativo no previsto se efectúa acudiendo por analogía a otras normas o regímenes normativos. Así, por ejemplo, en la Sentencia Nº 3 de fecha 6/03/2014 dictada en los autos caratulados: “Turinetti, Gerardo Antonio c/ Municipalidad de San Francisco - Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción - Recurso de Casación”, el Alto Cuerpo se expidió en torno a la utilización de la analogía como estrategia de integración normativa.

El caso se refería a la situación de agentes públicos que, teniendo un vínculo contractual en el ámbito de la demandada, fueron designados en planta permanente y, posteriormente, una nueva administración municipal dispuso revocar esa decisión toda vez que, entre otras razones, los actos de designación carecían de intervención previa del Tribunal de Cuentas y tampoco se había llevado a cabo un procedimiento de selección en ocasión de los ingresos.

En lo principal, el TSJ acogió la pretensión de la demandada convalidando los actos cuestionados y disponiendo, al mismo tiempo, que los actores mantenían la situación contractual anterior a la emisión de los actos. Asimismo, y si bien el ordenamiento jurídico municipal no tenía ninguna normativa que regulara el caso, resolvió que los actores tenían derecho a una la sustitutiva prevista en el artículo 40 de la Ley 7233.

Para ello, en primer lugar, señaló la analogía de la situación fáctica y normativa entre este caso y el precedente recaído en la Sentencia nº 120 del 21/08/2000, «Ferreira, Marisa del Carmen y otros c/ Municipalidad de Las Varillas - Contencioso Administrativo - Recurso de Casación». En este último, el TSJ precisó extensamente el sentido y alcance de la visación previa, en el contexto de la Ley Orgánica Municipal y la Municipalidad demandada motivó suficientemente la revocación de las designaciones irregulares en las consideraciones de este precedente.

A esos fines, valoró que, como ya había señalado en aquella oportunidad, el artículo 84 inciso 2 de la Ley 8102 sienta el principio del control preventivo de los actos administrativos que comprometan gastos, razón por la cual, el requisito de la visación previa por el Tribunal de Cuentas Municipal, es un elemento condicionante de la eficacia y validez de los actos administrativos, mediante los cuales los accionantes fueron designados en la planta permanente del Municipio, quienes con anterioridad a su nombramiento, prestaban servicios en la mencionada Municipalidad, en calidad de empleados contratados.

Por esa razón, dijo que “la analogía de situación fáctica y normativa entre el precedente y el caso ahora traído a juzgamiento de este Tribunal Superior de Justicia, son en verdad coincidentes, como en adecuada aplicación del derecho objetivo lo ha puesto de relieve la Municipalidad demandada desde el momento mismo de fundar el acto revocatorio de las designaciones en planta permanente”.

También recurrió a la analogía para descartar la pretensión que invocaban los actores con fundamento en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente «Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación» (03-05-2007, Fallos 330:1989) sobre el carácter absoluto del derecho a la estabilidad del empleado público, consagrado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. De igual modo, afirma la analogía del caso bajo estudio con la situación analizada en la causa “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/ indemnización por despido» (06/04/2010 Fallos 333:311), referido a los derechos que corresponden al personal contratado de la Administración.

Es útil referir brevemente al modo en el que el Alto Cuerpo provincial efectuó la analogía con dichos precedentes describiendo los elementos o propiedades del caso que consideró relevantes. En efecto, en relación al caso “Madorrán”, dijo el TSJ que este precedente “no es aplicable al caso de autos donde el actor no incorporó a su patrimonio el referido derecho, ya que el acto de designación en planta permanente estaba condicionado en su validez, a la visación previa por el H. Tribunal de Cuentas y al procedimiento previo de selección por concurso, lo que ha quedado de manera incontrovertida que no se verificó respecto del Decreto 144/07 de nombramiento, por lo que su ulterior revocación deviene legítima”. Y luego compara los supuestos: Mientras en «Madorrán» la actora era titular del derecho a la estabilidad por un acto de designación legítimo, en autos, precisamente, lo debatido es el carácter irregular de la designación en planta permanente dispuesta por el Decreto 144/07 que al no haber sido objeto de visación previa, en el marco del artículo 84 inciso 2) de la Ley Orgánica Municipal, ni se llevó adelante el procedimiento de selección por concurso, no tiene aptitud jurídica para conferir en propiedad el derecho a la estabilidad y, la nulidad absoluta podía ser declarada de oficio por la Administración, tal como lo hizo mediante el dictado del Decreto 442/07.

En «Madorrán» la Corte analizó si la norma que sometía a la actora a un régimen de inestabilidad laboral resultaba compatible o no con la estabilidad del empleado público, que prescribe el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, concluyendo en sentido adverso a la validez constitucional de la normativa del convenio colectivo de trabajo. En cambio, en el *sub examine*, el artículo 84 inciso 2) de la Ley 8102 es insusceptible de comprometer el mentado derecho a la estabilidad, ya que lo que regula son las condiciones esenciales que debe satisfacer un acto de designación que comprometa gastos, para tener validez jurídica.

De igual modo y siempre puntualizando que por imperativo del artículo 174 de la CP, el procedimiento de selección por concurso es un elemento de juridicidad que

condiciona la validez del acto de nombramiento y la posibilidad de ingreso en calidad de personal de planta permanente, invocó los casos «Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/ indemnización por despido» (06/04/2010 Fallos 333:311) y «Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido» (06/04/2010 Fallos 333:335), en los que el Alto Cuerpo había ponderado la aplicación de esa norma integrativa del derecho a la estabilidad y que no habían sido bien evaluados por el *a quo*.

En base a estos argumentos concluyó que: “La ausencia de base legal objetiva del acto administrativo de designación en planta permanente, justifica su revocación y obsta al interesado a invocar ese acto como título de un derecho que no puede prevalecer frente al principio de juridicidad y de sometimiento de la Administración al orden jurídico, como derivación necesaria y consustancial al Estado de Derecho”.

Sentado que no correspondía a los actores el derecho a la estabilidad en el cargo que invocaban, seguidamente analizó el estatus jurídico de personal contratado en cuyo marco concluyó que la pretensión de los demandantes era análoga a la analizada por la Corte Suprema de Justicia en el citado caso «Ramos”.

En el marco de la doctrina vigente en ese precedente, la Corte Suprema de Justicia sustentó que «(...) las sucesivas y continuas renovaciones del contrato que vinculaba a las partes, pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, y generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el «despido arbitrario»(...)).

Con esa proyección, además de recurrir al argumento de la analogía de la situación de autos con la acaecida en el caso “Ramos”, proyectó esa misma solución en el caso bajo estudio. De este modo, también propició el reconocimiento a los actores de una indemnización sustitutiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que el régimen jurídico local carecía de una norma que regulara el caso (laguna axiológica) -es decir, no había norma alguna que previera una indemnización o reconocimiento económico en caso de terminación de los contratos-, el Alto Cuerpo provincial consideró aplicable el artículo 40 de la Ley 7233, modificado por la Ley 10173 (B.O.P. 04/12/2013) que establece: «El personal contratado y transitorio, en los términos del artículo 4º incisos c) y d) de la presente Ley, que haya prestado servicios en dicho carácter durante más de un año continuo o discontinuo, tendrá derecho a una indemnización cuando la Administración dé por finalizada su relación laboral, la que será equivalente a un mes de la mejor remuneración percibida durante el último año, por cada año de servicio o fracción superior a tres meses en virtud del contrato en cuestión».

Dijo el TSJ que: “Si bien en el orden municipal, su régimen jurídico vigente no ha previsto una indemnización como la contenida en el precepto transcrito, en virtud del artículo 16 del Código Civil, corresponde atender a los principios de leyes análogas y si aún la cuestión fuere dudosa, corresponde resolver por aplicación de los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Por consiguiente, a fin de establecer el importe y a falta de previsiones normativas específicas, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el actor en este caso. Y dijo que la determinación de la indemnización a partir de la aplicación de la solución normativa prevista en el artículo 40 de la Ley 7233, resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios irrogados al actor por la extinción del vínculo jurídico con la Municipalidad demandada como personal contratado.

Añadió que “dicho precepto expande su virtualidad jurídica como principio de norma análoga (artículo 16, CC) y, por consiguiente, es la solución a la que es dable atender aun cuando se trata de un precepto legal emanado del orden provincial y no del municipal”.

Como vemos y tal como expresa el mismo TSJ en este pronunciamiento, se recurre a la analogía, no sólo descartar la semejanza de este supuesto con el precedente “Madorrán” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino también para indagar en relación a otros casos del Alto Cuerpo federal que versaron sobre el estatuto legal del personal contratado (casos “Ramos” y “Sanchez”), sino también que se recurre a la analogía para integrar la laguna existente en el régimen jurídico local sobre indemnización sustitutiva, integrando el sistema con un precepto legal emanado del orden provincial y no municipal. Por cierto, también hay precedentes jurisprudenciales en los que el sistema normativo considerado se integra con un precepto legal emanado del ámbito nacional.

En otras palabras, la estrategia consiste en la identificación de elementos o propiedades relevantes entre el caso previsto y la situación a resolver (caso no previsto) y, posteriormente, brindar el fundamento por el cual se acude o selecciona determinado precepto o disposición que se considera aplicable al primero.

3. La aplicación supletoria de una norma o un régimen jurídico

La jurisprudencia local también exhibe casos en los que la integración normativa se ha efectuado en base a la interpretación subsidiaria o supletoria de un régimen jurídico. En efecto, en la Sentencia N° 78 de fecha 23/10/1997 dictada en la causa «Ludueña de Miniki, Esther Elba c/ Provincia de Córdoba - Contencioso Administrativo - Plena Jurisdicción - Recurso de Apelación”, el TSJ virtió significativas consideraciones respecto de cuándo corresponde acudir a la aplicación supletoria de preceptos provenientes de otras fuentes normativas en los casos sometidos a su conocimiento.

En este precedente, en el que la actora -sujeta a un régimen especial de docentes- reclamaba se le abonara la gratificación por jubilación dispuesta por el artículo 45 de la Ley 7233, que aprueba el “Estatuto General de los Empleados Públicos” de la Provincia, el Alto Cuerpo analizó el sentido y alcance que es dable atribuir al artículo 1 de la Ley 7233 en tanto dispone su «aplicación supletoria» para todo el personal que se encuentra amparado por regímenes especiales «en todo lo que éstos no prevean, conforme lo establezca

la reglamentación», precepto que se complementa tanto con el artículo 1 del Dec. 1080/86 que dispone que «los alcances y condiciones de aplicación supletoria a que se refiere la Ley, sólo podrán ser dispuestos con carácter general por el Poder Ejecutivo, previa intervención de la autoridad de aplicación», como así también con los artículos 1 y 2 del decreto 2321/85 que ordenan la aplicación supletoria de la Ley 7233 «limitada a su compatibilidad con las disposiciones legales especiales que rigen al personal comprendido en cada caso».

En ese orden, sostuvo que la aplicación supletoria de un régimen estatutario de carácter general a los agentes amparados por un régimen legal de carácter especial, puede suscitar tres situaciones claramente diferenciadas a saber:

- a) que la ley especial excluya de modo expreso en su articulado la aplicación o vigencia de todas o algunas de las normas que integran el régimen general: en este supuesto no existen dudas interpretativas que la cuestión planteada debe resolverse con observancia de la ley especial, resultando por tanto inaplicable la ley general;
- b) que la ley especial, aun cuando no excluya de manera expresa la aplicación de determinada norma que integra el régimen general, sin embargo regla de modo particular sobre idéntica o similar materia a la contemplada en la normativa general: en este supuesto la controversia que se plantee debe resolverse igualmente por aplicación de la normativa especial, que excluye de manera implícita la aplicación supletoria de la ley general;
- c) que la ley especial no excluya ni expresa ni implícitamente la aplicación de la ley general: esta hipótesis se configura cuando la ley especial a la vez que no prevé de manera expresa la exclusión de todas o algunas de las normas del régimen general, tampoco regula de manera particular sobre una materia normada por el régimen general, no obstante lo cual existe una incompatibilidad intrínseca que surge de confrontar el régimen especial con el general.

En esta última hipótesis, la solución del caso deberá hallarse en observancia del régimen jurídico especial, salvo que la interpretación sistemática y armoniosa de ambos regímenes, no arroje un resultado que repugne a la naturaleza, contenido y finalidad que inspiró al legislador para sancionar un ordenamiento jurídico especial.

Ello es así toda vez que el método de integración supletoria se orienta por una parte a evitar que ante la sanción de una ley especial se torne necesario dictar un sistema completo de normas, reproduciendo sobreabundantemente el contenido de la legislación general, y por la otra, se procura subsanar que las omisiones involuntarias contenidas en la legislación especial frustren el objetivo que la inspira.

Precisó el TSJ que, sin embargo, dicho método requiere de una correcta delimitación cuando se trata de normas estatutarias, por cuanto no es dable al intérprete

incorporar por vía de aplicación supletoria aspectos no reglados en la legislación especial toda vez que ello produciría serias disfuncionalidades.

Recordó que los regímenes estatutarios se estructuran sobre la base de un armonioso equilibrio ya que, a la vez que otorgan determinados beneficios acordes al sector de la actividad que se regula, simultáneamente imponen particulares restricciones.

Añadió que importa una disfunción del sistema que por vía de interpretación supletoria se quiebre dicho equilibrio incorporando a los regímenes estatutarios especiales beneficios no otorgados por el legislador, que resultan incompatibles con la materia expresamente reglada.

Agregó que ello crearía una situación de desigualdad de los agentes sometidos a las normas generales con relación a quienes se hallan sujetos a regímenes especiales, pues a los beneficios que en virtud de tal pertenencia les han sido acordados, se añadirían los reconocidos por la legislación común.

Este resultado repugna a nuestro ordenamiento jurídico donde el principio de igualdad ante la ley (artículo 16 CN) veda la discriminación injustificada o irrazonable de trato, condicionando sustantivamente la actuación de la Administración.

Con apoyo en conceptos doctrinarios y jurisprudencia de la CSJN, el TSJ realiza el encuadre de los conflictos en los que procura la aplicación supletoria de un régimen estatutario.

En este caso particular, entendió que la cuestión planteada encuadraba en la tercera de las hipótesis referidas -acápites «c»-. Ello es así por cuanto si bien no media una exclusión expresa o implícita en el régimen especial respecto de la bonificación prevista en el artículo 45 de la Ley 7233 para los agentes comprendidos en el régimen general, su aplicación supletoria resulta «incompatible» porque importaría convertir al régimen especial en una sumatoria de los beneficios propios y de los establecidos en la legislación general. Tal incompatibilidad se deriva de la naturaleza de la «bonificación por jubilación» estatuida en el citado artículo 45 de la Ley 7233, la cual constituye una «retribución especial» prevista por el legislador para un «colectivo delimitado» de trabajadores, tal como lo dispone la propia norma al aludir explícitamente al «personal comprendido en el presente Estatuto», y que persigue una doble finalidad: a la vez que constituye una gratificación por el cese de servicios que se hace efectiva en ocasión de la modificación de la situación de revista del trabajador -de la actividad a la pasividad-, opera como un incentivo para aquellos agentes de la Administración central que se encuentren en situación de gozar del beneficio jubilatorio, con el objeto de reducir el número de sus integrantes.

Por consiguiente su otorgamiento en el estatuto general, importa un juicio de valor, una apreciación circunstanciada del legislador provincial que, ciertamente, comporta la consagración de un beneficio de carácter especial, que tiene por destinatarios a un colectivo definido de agentes y que contrapesa las restricciones particulares sólo a ellos impuestas.

4. El conflicto de normas por superposición de normas de remisión: principio de especialidad

En la Sentencia nº 36 de fecha 13/06/2012 en los autos caratulados: «Posi, Nilda Teresa c/ Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción - Recurso de Casación», el TSJ se expidió sobre una interesante cuestión referida a un conflicto normativo acaecido como consecuencia de la superposición normativa acaecida en un supuesto de remisión.

Mediante este pronunciamiento, la Cámara había hecho lugar a la excepción de incompetencia del Tribunal deducida por la demandada y rechazó la demanda por entender que el acto definitivo del que se agraviaba, que denegó su pedido de reapertura de instancia administrativa, había devenido firme y consentido, “ya que el recurso de reconsideración en contra de la misma, fue interpuesto por su parte con fecha 19 de noviembre de 2008, cuando había vencido holgadamente el término previsto en el artículo 80 de la Ley 6658”.

Para ello consideró que el artículo 78 de la ley 8404 remite a dos regímenes normativos (leyes 8024 y 6658) y que la interpretación literal de las disposiciones contenidas en los dos textos legales citados como subsidiarios, dejaba claro que el plazo para interponer el recurso de reconsideración, no previsto en la norma específica, es el del artículo 80 de la Ley 6658, dado el principio de especialidad y por tratarse el plazo de una cuestión de procedimiento y no sustancial (fs. 67).

La actora cuestionó ese criterio esgrimiendo, en esencia, que el plazo para interponer el recurso de reconsideración era el de cinco días hábiles administrativos previsto en la Ley 6658, cuando el artículo 78 de la Ley 8404, remite en primer término al régimen de la Ley 8024 y en dicho cuerpo legal está previsto un plazo de diez días hábiles administrativos (artículo 81, Ley 8024), debiendo aplicarse la Ley de Trámite Administrativo sólo en caso de materia no prevista en las otras dos normas previsionales.

Como se observa, el tema central a resolver consistió en la determinación de la integración supletoria de la ley y sobre todo, establecer cuál era el alcance preciso que correspondía atribuir al principio de especialidad, “como herramienta jurídica utilizada para dar respuesta al conflicto normativo suscitado en el caso con relación a las normas de integración supletoria o analógica”.

Cabe recordar que el artículo 72 de la ley 6468 dispone que «(...) Contra las resoluciones del Consejo de Administración que denieguen o disminuyan a juicio del interesado los beneficios de la presente ley, como así también contra cualquier resolución derivada de la aplicación de la misma que genere perjuicios económicos, se deberá interponer recurso de reconsideración ante el mismo Consejo, cuya resolución habilita la vía Contencioso Administrativa (...)». Por su parte, el artículo 78 ib. prevé que «(...) Son de aplicación subsidiaria para todo lo no previsto en esta ley, las disposiciones de la ley de jubilaciones, pensiones y retiros y de trámite administrativo de la Provincia (...)».

Posteriormente, el TSJ efectuó significativas consideraciones en orden al modo en que debía efectuarse la aplicación supletoria de un precepto previsto en el ordenamiento general destacando la importancia del principio de especialidad como pauta integrativa en la selección del régimen jurídico aplicable.

En efecto, dijo el Alto Cuerpo que la integración que propone la norma especial para resolver todo lo no previsto en ella, produce en el caso un conflicto o antinomia entre los dos preceptos a los que remite subsidiariamente, ya que tanto la Ley General de Jubilaciones Pensiones y Retiros (Ley 8024) como la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley 6658), regulan simultáneamente el plazo para interponer el recurso de reconsideración, pero lo hacen de manera diferente.

Así el artículo 81 de la Ley 8024 establece: «(...) Contra las resoluciones de la Caja, el agraviado podrá interponer como único recurso el de reconsideración dentro de los diez (10) días hábiles de notificadas, para los domiciliados dentro del radio del Departamento Capital, y de los quince (15) días hábiles de notificadas para los domiciliados en el interior de la Provincia. Transcurridos dichos términos sin que el interesado ejercite este recurso, la resolución quedará firme (...)». Por su parte, el artículo 80 de la Ley 6658 dispone que: «(...) El recurso de reconsideración deberá interponerse por escrito y fundadamente dentro del plazo de cinco (5) días siguientes al de la notificación, por ante la autoridad administrativa de la que emanó el acto (...)».

La Cámara había aplicado en el caso el plazo del artículo 80 de la Ley 6658, por considerar que en virtud de la «especialidad», se trataba de una cuestión netamente procedimental e hizo lugar a la excepción de incompetencia planteada por la demandada con sustento en el mismo precepto, considerando que el acto fue recurrido por la actora extemporáneamente.

Recordó el TSJ que es doctrina de la Sala que, si la accionante fijó domicilio en la ciudad de Córdoba, con asistencia de sus letrados patrocinantes y teniendo presente que la Ley 8024 constituye ley especial y posterior a la Ley de Procedimiento Administrativo Provincial, el plazo que la actora tenía para recurrir el acto era el de diez (10) días hábiles administrativos.

Esta norma de trámite se encuentra inserta en la Ley de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba, que es posterior a la Ley de Procedimientos Administrativos y regula de manera especial lo atinente al recurso de reconsideración en los procedimientos administrativos de carácter previsional, estableciendo, deliberadamente, un plazo más extenso que el general previsto en aquélla.

Esta circunstancia evidencia que la intención del legislador al sancionar la Ley 8024 fue ampliar el plazo, en atención a la naturaleza singular de los derechos previsionales en juego (cfr. Sent. N.º 72/1998 «Esquenazi...»). El principio de especialidad, debe ser interpretado atendiendo a esa finalidad del Legislador, como criterio necesario y suficiente para dilucidar, a la par del principio de jerarquía y de temporaneidad, los problemas que se presentan con respecto a un concurso aparente

de normas o antinomia, a fin de resolver la inconsistencia entre los dos preceptos, mediante un análisis semántico de cada regla, se opta por una y se logra así la coherencia del ordenamiento jurídico, atendiendo a lo especial por sobre lo general, en sentido material, según ha sido en el caso la intención del legislador previsional.

A continuación, el TSJ formuló provechosas consideraciones en torno al modo que efectúa la integración normativa.

Dijo que los principios interpretativos brindan un abanico de opciones que se ofrecen al uso del intérprete y que éste habrá de utilizar según lo que a su criterio convenga a la más razonable solución del caso, entendiendo lo razonable no sólo como ajustado a derecho sino también como justo.

Agregó que en la labor de interpretación de las normas aludidas y para precisar cómo se propuso, la correcta delimitación en autos de la integración supletoria, es necesario tener presente la regla de hermenéutica fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual corresponde «(...) indagar el verdadero sentido y alcance de las leyes mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, teniendo en cuenta su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente» (Fallos 314:1849), toda vez que tratándose de leyes especiales «(...) la norma primera de interpretación a su respecto es la de atenerse a sus propias disposiciones en todo cuanto se halle fundamentalmente contemplado en ellas (...)» (Fallos 212:64).

Puntualizó que el método de integración supletoria se orienta por un lado a evitar que ante la sanción de una ley especial se torne necesario dictar un sistema completo de normas, reproduciendo sobreabundantemente el contenido de la legislación general y, por el otro, se procura subsanar que las omisiones involuntarias contenidas en la legislación especial frustren el objetivo que la inspira (cfr. Sentencia Nº 68/1997 «Ludueña de Miniki...», entre otras).

Recordó que el artículo 78 de la Ley 8404 declaró supletoria en primer lugar a la Ley 8024 y, en segundo lugar, a la Ley 6658; y dijo que el razonamiento de la Cámara *a quo* soslayó por una parte que no es jurídicamente intrascendente el orden de prelación de las normas de remisión y, en segundo lugar, que la Ley 8024 al tiempo de consagrar un término para la interposición del recurso de reconsideración (artículo 81), estableció un plazo especial (10 días hábiles administrativos) con relación al plazo general vigente en el artículo 80 de la Ley 6658 (5 días hábiles administrativos).

Precisó, finalmente, que en el contexto de la norma de integración supletoria, esto es, el artículo 78 de la Ley 8404, era menester atender en primer lugar al plazo especial de la Ley 8024 y no al general de la Ley 6658.

Ello es así en razón que, como ya se adelantara, la supletoriedad de las normas opera cuando existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades. Asimismo, la supletoriedad

de leyes se aplica sólo para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes.

Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos no contemplados por la primera ley que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones. Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una Ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones.

Afirmó que la supletoriedad expresa consagrada en el artículo 78 de la Ley 8404, debe considerarse en los términos que la legislación la ha establecido; para alcanzar una interpretación coherente al sistema jurídico.

Recordó que el fundamento de validez o legalidad que tiene todo acto normativo se sustenta en la totalidad del ordenamiento jurídico. Los principios generales del derecho y el contenido dogmático y operativo de la constitución inciden sobre todas las leyes y actos particulares. Por ello, señaló con cita de doctrina, que se ha dicho que toda interpretación es una referencia a la totalidad estructural de la que forma parte el objeto de lo interpretado. Es dar una razón suficiente por remisión al contexto.

En ese sentido, el mecanismo de supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializados con relación a leyes de contenido general, tal el caso del citado artículo 78 de la Ley 8404.

Señaló que el carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, una integración y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijan los principios aplicables a la regulación de la Ley suplida; lo que implica, como ya se ha dicho, un principio de economía e integración legislativas para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la Ley suplida.

Finalmente, puso en evidencia, además de la importancia de la tarea integrativa realizada, algunas características que asume esa labor en la actividad del interprete, en los siguientes términos: "La solución de integrar la Ley 8404, dado el vacío legal respecto del plazo para interponer el recurso de reconsideración, del que se deriva un conflicto de normas por superposición de normas de remisión (Ley 8024 y Ley 6658), atendiendo en primer lugar a la especialidad de la norma previsional por sobre la Ley de Trámite Administrativo, en modo alguno procura reemplazar el texto de la ley excediendo los márgenes de la función jurisdiccional, menos aún se intenta subvertir su espíritu.

Sólo se trata de lograr coherencia para que el accionar administrativo desarrolle el razonamiento de la ley, trasladándolo en proyecciones que los autores de la norma especial no habían previsto o no se encontraban en condiciones de prever.

Los fines tuitivos que inspiran el bloque normativo específico aplicable, asumen en esta visión un relieve nuevo y realista. Deben ser contemplados bajo el perfil de su efectividad, accesibilidad y solidaridad, adecuados a una sociedad renovada y a los valores de una Constitución proyectada a la realización de un orden social más moderno y justo.

El artículo 78 de la Ley 8404 traduce un nexo de integración analógica proponiendo al caso semejante no contemplado por la ley, la misma solución que para el caso parecido y expresamente contemplado”.

X. A modo de conclusión

El presente trabajo realizado sobre “El caso administrativo no previsto en la actualidad”, nos permite enunciar, a modo de conclusión, las siguientes afirmaciones que se desprenden tanto del análisis normativo efectuado como del examen de la jurisprudencia emanada del TSJ que, como dijimos, lleva a cabo una tarea de integración normativa acudiendo a diferentes estrategias interpretativas, a saber:

1. La cuestión del *caso administrativo no previsto* tiene relevancia actual por cuanto, como quedó dicho, las múltiples demandas propias del Estado social y democrático de derecho enfrentan a los distintos ordenamientos jurídicos a una mayor complejidad interpretativa e integrativa en aras de optimizar la vigencia de los derechos humanos y fundamentales.

2. Los planteos formulados por Francisco Linares respecto del modo en que debía integrarse el caso administrativo no previsto (aplicación subsidiaria y no analógica del derecho común) tuvieron sustento en su momento, esto es, en la etapa inicial de formación del derecho administrativo, acaecida a imagen y semejanza del derecho civil. Sin embargo, en el estado actual de evolución de nuestra disciplina, la actuación de las administraciones públicas está sujeta al derecho concebido como una unidad sistémica toda vez que, conforme se desprende de los textos fundamentales vigentes, la actuación de la Administración Pública hoy no está sujeta a la *ley* sino también al *derecho*.

Esto significa que el cambio de fuentes acaecidas en el ámbito del derecho trajo aparejadas nuevas estrategias de integración de los casos administrativos no previstos y, más genéricamente, de resolución de los conflictos públicos. Como quedó en evidencia, estas nuevas concepciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales, tienen consecuencias prácticas relevantes en cuanto al modo en que se resuelven o integran estos casos en la realidad.

3. El CCCN se enmarca en las tendencias constitucionales y jurisprudenciales que venimos señalando en cuanto a la unidad del ordenamiento jurídico. En ese sentido, resulta trascendente la incorporación de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, como fuente de derecho (artículo 1). A su turno, también se destaca que el juez, en la búsqueda

de una decisión fundada razonablemente, puede acudir a los mecanismos de interpretación conforme dichas fuentes (artículo 2).

El CCCN no eliminó su total aplicación a situaciones de derecho administrativo siendo todas las disposiciones analizadas en este trabajo evidencia de ello. Tampoco dispuso una solución en bloque respecto al modo en que debían aplicarse las normas de derecho administrativo. Por el contrario, surge que el CCCN contiene diversas normas de naturaleza administrativa a lo largo de su articulado y con distintas técnicas de vinculación.

4. En este trabajo hemos efectuado un estudio y análisis de los casos sometidos a conocimiento del TSJ en los que, tal como fuera establecido en los objetivos iniciales, indagan respecto del modo en que el Alto Cuerpo efectúa la integración normativa en los casos administrativos no previstos en la actualidad.

Esta tarea -que luce sencilla en su enunciado-, no ha estado exenta de dificultades o escollos en la práctica. Ello así toda vez que, como ocurre en este tipo de labores, fue necesario establecer ciertas precisiones que tienen incidencia en los hallazgos y conclusiones resultantes. Me refiero en concreto al tipo de materias o cuestiones a las que se referían los casos seleccionados y, además, la definición del período de tiempo considerado el corte temporal de selección de los esos precedentes. En relación a la primera cuestión, se seleccionaron sentencias con un criterio sustancial amplio; es decir, que versan sobre distintas categorías administrativas, tales como acto administrativo, contrato administrativo, empleo público, entre otras. Cabe aquí, no obstante, señalar un aspecto que se valora de modo positivo a la hora de referirnos a la doctrina que se desprende de esa jurisprudencia y es la identificación de un hilo conductor homogéneo que revela una evolución conceptual acorde con los postulados del Estado social y democrático de Derecho.

Por su parte y en cuanto al corte temporal de la muestra de fallos considerados, si bien se planteó originariamente que el trabajo comprendería un estudio jurisprudencial referido al caso administrativo no previsto teniendo en cuenta pronunciamientos dictados a partir de la sanción del nuevo CCCN y hasta la actualidad, lo cierto es que no se evidenciaron supuestos de integración normativa de casos no previstos en los que se hubiera empleado esa esa normativa con esa finalidad específica.

5. La actuación de la Administración Pública hoy no sólo está sujeta a la *ley* sino también al *derecho*. Las consecuencias teóricas y prácticas de estos nuevos modos de concebir el derecho público son múltiples. En lo que aquí interesa, cabe destacar que las tendencias habidas en este campo plantean modos de integración normativa impensados hace tiempo. En efecto, con motivo de los avances habidos, se identifica un verdadero cambio de las fuentes de derecho a las que acude el intérprete a la hora de llevar a cabo la interpretación normativa.

6. En el marco de esa amplitud sistémica, la práctica jurisprudencial revela que la integración normativa se efectúa acudiendo a otras normas análogas o por vía de

la supletoriedad a otros textos normativos, sin que la cuestión administrativa vea alterada su calificación jurídica.

En otras palabras, la jurisprudencia relevada exhibe que, aunque en una determinada causa se ventile una cuestión materialmente administrativa o se refiera a una relación jurídico pública, la integración hermenéutica se efectúa acudiendo a normas, preceptos o principios alojados -por razones históricas- en otros ámbitos del derecho, sin que por ello, la cuestión pierda su naturaleza administrativa.

7. La analogía es utilizada para llevar a cabo la integración del caso administrativo no previstos en cuestiones tanto sustanciales como adjetivas. El relevamiento exhibe que, en efecto, se recurre a esta estrategia integrativa, no sólo para descartar la semejanza de un determinado caso o supuesto con cierto precedente, sino también para confirmar su similitud (analogía) con otro supuesto. También se recurre a la analogía para llenar una laguna existente en un determinado régimen jurídico, integrando el sistema con un precepto legal emanado del mismo orden o nivel normativo o de otro distinto. Por ejemplo, hay precedentes en los que para integrar la solución de un conflicto a nivel municipal se acude, por analogía, a una normativa emanada del orden provincial (no municipal). Por cierto, también se presentan precedentes jurisprudenciales en los que el sistema normativo local se integra con un precepto legal emanado del ámbito nacional.

8. Es relevante destacar la importancia de las argumentaciones y explicaciones dadas al momento de efectuar la integración por analogía en un determinado caso. En efecto, las sentencias analizadas evidencian un especial cuidado en brindar las razones por las cuales los supuestos se consideran análogos -o no- a otro. Lo mismo ocurre cuando lo que se pretende es invocar la analogía una determinada norma o régimen normativo. En otras palabras, la motivación de las sentencias alude a las propiedades relevantes del caso explicando los aspectos “similares” o “diferentes” de esas propiedades relevantes consideradas por el tribunal y en base a las cuales adopta su decisión.

9. Las explicaciones que se brindan para la integración del caso administrativo no previsto, sea acudiendo a la analogía o la supletoriedad, se complementan necesariamente (principio de saturación), como quedó dicho, con otros métodos de interpretación o principios generales del derecho. Por ejemplo, en ocasión de integrar una laguna normativa, dijo el TSJ “los principios interpretativos brindan un abanico de opciones que se ofrecen al uso del intérprete y que éste habrá de utilizar según lo que a su criterio convenga a la más razonable solución del caso, entendiendo lo razonable no sólo como ajustado a derecho sino también como justo”.

En la labor de interpretación de las normas aludidas y para precisar como se propuso, la correcta delimitación en autos de la integración supletoria, es necesario tener presente la regla de hermenéutica fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual corresponde «(...) indagar el verdadero sentido y alcance de las leyes mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte

la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, teniendo en cuenta su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente», toda vez que tratándose de leyes especiales «(...) la norma primera de interpretación a su respecto es la de atenerse a sus propias disposiciones en todo cuanto se halle fundamentalmente contemplado en ellas (...)».

Como vemos, la jurisprudencia pone en evidencia los diferentes caminos que recorre el intérprete en esa tarea integrativa de los casos administrativos no previstos que lo expone, además de la elección de un sistema de fuentes, a revisar su propia concepción acerca del derecho. En cualquier caso, adquiere importancia fundamental dicha fundamentación toda vez que, como es sabido, el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante “una decisión razonablemente fundada” (artículo 3 CCCN).

10. La aplicación supletoria de un régimen estatutario de carácter general a los agentes amparados por un régimen legal de carácter especial, puede suscitar tres situaciones claramente diferenciadas a saber:

- a) que la ley especial excluya de modo expreso en su articulado la aplicación o vigencia de todas o algunas de las normas que integran el régimen general: en este supuesto no existen dudas interpretativas que la cuestión planteada debe resolverse con observancia de la ley especial, resultando por tanto inaplicable la ley general;
- b) que la ley especial, aun cuando no excluya de manera expresa la aplicación de determinada norma que integra el régimen general, sin embargo regula de modo particular sobre idéntica o similar materia a la contemplada en la normativa general: en este supuesto la controversia que se plantee debe resolverse igualmente por aplicación de la normativa especial, que excluye de manera implícita la aplicación supletoria de la ley general;
- c) que la ley especial no excluya ni expresa ni implícitamente la aplicación de la ley general: esta hipótesis se configura cuando la ley especial a la vez que no prevé de manera expresa la exclusión de todas o algunas de las normas del régimen general, tampoco regula de manera particular sobre una materia normada por el régimen general, no obstante lo cual existe una incompatibilidad intrínseca que surge de confrontar el régimen especial con el general.

En esta última hipótesis, la solución del caso deberá hallarse en observancia del régimen jurídico especial, salvo que la interpretación sistemática y armoniosa de ambos regímenes, no arroje un resultado que repugne a la naturaleza, contenido y finalidad que inspiró al legislador para sancionar un ordenamiento jurídico especial.

Ello es así toda vez que el método de integración supletoria se orienta por una parte a evitar que ante la sanción de una ley especial se torne necesario dictar un sistema completo de normas, reproduciendo sobreabundantemente el contenido

de la legislación general, y por la otra, se procura subsanar que las omisiones involuntarias contenidas en la legislación especial frustren el objetivo que la inspira.

11. El método de aplicación supletoria requiere de una correcta delimitación cuando se trata de normas estatutarias, por cuanto no es dable al intérprete incorporar por vía de aplicación supletoria aspectos no reglados en la legislación especial toda vez que ello produciría serias disfuncionalidades.

Ello porque los regímenes estatutarios se estructuran sobre la base de un armonioso equilibrio ya que, a la vez que otorgan determinados beneficios acordes al sector de la actividad que se regula, simultáneamente imponen particulares restricciones.

Es que importa una disfunción del sistema que por vía de interpretación supletoria se quiebre dicho equilibrio incorporando a los regímenes estatutarios especiales beneficios no otorgados por el legislador, que resultan incompatibles con la materia expresamente reglada.

En definitiva, las conclusiones obtenidas en este trabajo son significativas en cuanto describen el modo en que un sujeto protagonista esencial de nuestro sistema de justicia como es el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, integra los casos administrativos no previstos y, a la vez, sistematiza dichas aproximaciones. La labor realizada y los resultados obtenidos, además de una función explicativa, desempeñan una función predictiva respecto del modo en que podrían integrarse los casos administrativos no previstos en el futuro.

Ciertamente, si bien los propósitos perseguidos inicialmente fueron alcanzados, es claro que quedan en el camino importantes aspectos que podrían haberse profundizado, así como dar respuesta a otros interrogantes que podrían formularse en torno a los hallazgos descritos. En relación a dichos aspectos, queda pendiente, por ejemplo, efectuar una correlación de los casos no previstos en materia administrativa con los acaecidos en otros ámbitos del derecho -civil, laboral, etc.-, obtener las comparaciones pertinentes y describir las tendencias actuales. De igual modo y teniendo en cuenta los resultados obtenidos, también podría indagarse, por ejemplo, en torno al modo en que incide la integración del caso no previsto efectuada judicialmente en la esfera de los derechos de los particulares (ensanchando, acotando o, simplemente, conservando) la situación subjetiva del ciudadano. En cualquier caso, como dije, los objetivos están cumplidos y el aporte resultante contribuye a la tutela de los derechos de las personas frente a la actuación administrativa y, sobre todo, en la realización de un orden más justo. Al fin y al cabo, tal es la labor del jurista.

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA COMO JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL *

THE CONTENTIOUS ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA AS A CONSTITUTIONAL JURISDICTION

*Daniela Susana Sosa***

Resumen: En Córdoba, tras la reforma introducida a la Ley General de Amparo -Ley 4915- a través de las leyes 10249 y 10323, se ratificó la existencia de una jurisdicción constitucional cuya finalidad es garantizar la protección de los derechos fundamentales frente a toda actividad u omisión estatal. La atribución de la intervención de una justicia especializada en todos los procesos de amparos interpuestos en contra de la administración pública provincial, municipal o comunal en el ámbito de la Provincia, configura una jurisdicción contencioso administrativo moderna y acorde a las directrices constitucionales y convencionales que tutelan los derechos de los ciudadanos. Un recorrido por los antecedentes legislativos provinciales y los casos jurisprudenciales resueltos por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, dan razón a la decisión acertada del legislador provincial de recurrir a un modelo mixto de distribución de competencias en materia de amparos, donde además del carácter de sujeto público del demandado, el contenido de la pretensión y la preeminencia del régimen de derecho público aplicable, condicionan la asignación de competencia al fuero especializado.

Palabras claves: Jurisdicción - Contencioso administrativo - Amparo Constitucional.

Abstract: In Córdoba, after the reform introduced to the General Law of Amparo -Law 4915- through laws 10249 and 10323, the existence of a constitutional jurisdiction was ratified with the purpose of guarantee the protection of fundamental rights against any activity or omission of the state. The attribution of

* Trabajo recibido el 31 de julio de 2023 y aprobado para su publicación el 17 de agosto del mismo año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especialista en Derecho Público (UNC). Diplomada Superior en Jurisprudencia de la CSJN (UNN). Diplomada en Derecho Procesal Constitucional (UE Siglo 21). Coordinadora Técnica de la Maestría en Derecho Administrativo (UNC). Profesora en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho (UNC). Profesora de Posgrado. Vocal de Cámara Contencioso Administrativa del Poder Judicial de Córdoba. Autora y coautora de libros, capítulos y artículos sobre la especialidad.

the intervention of a specialized justice in all “amparo” processes filed against the provincial, municipal or communal public administration in the scope of the Province, configures a modern contentious administrative jurisdiction in accordance with the constitutional and conventional guidelines that protect the residents’ rights. A review of the provincial legislative history and the jurisprudential cases resolved by the Superior Court of Justice of Córdoba, explains the correct decision of the provincial legislator to resort to a mixed model of distribution of powers in matters of protection, where in addition to the nature of public subject of the defendant, the content of the claim and the preeminence of the applicable public law regime, condition the assignment of jurisdiction to the specialized jurisdiction.

Keywords: Jurisdiction - Administrative litigation - Amparo - Constitutional.

Sumario: I. Introducción. II. Diseño jurisdiccional del control judicial de los actos administrativos del Estado en la Provincia de Córdoba. III. La competencia de las cámaras contencioso administrativas en materia de amparo contra la Administración Pública. IV. El ejercicio de las atribuciones provinciales en el diseño del sistema judicial argentino. V. La asignación de una competencia jurisdiccional específica. VI. Antecedentes jurisprudenciales en relación al deslinde de vías ordinarias y constitucionales en la jurisprudencia de Córdoba. VII. Procesos constitucionales asignados al fuero contencioso administrativo: a) El amparo por mora contra la Administración y acceso al conocimiento de los actos del Estado. b) El Habeas Data. c) El amparo colectivo. VIII. Nuevas características del proceso contencioso administrativo en Córdoba con perspectiva constitucional. IX. Conclusiones finales. X. Bibliografía.

I. Introducción

Jurídicamente, se acostumbra denominar jurisdicción constitucional al conjunto de mecanismos procesales destinados a defender una Constitución, ya sea sobre su aspecto orgánico o dogmático¹.

Si pensamos en los distintos sistemas de control de constitucionalidad, la idea de sentencia constitucional puede generar confusiones, pues en el mundo jurídico conviven distintos sistemas a través de los cuales se realiza dicho control. Así encontramos sistemas de control difuso, sistemas concentrados y también los hay mixtos.

A diferencia de los sistemas concentrados, el juez que ejerce el control de constitucionalidad difuso aplica a sus decisiones el principio de supremacía y el deber de controlar la eficacia de los derechos y garantías fundamentales de manera tal que la sentencia será constitucional por sus efectos².

(1) ANTA, Carlos A. “Control de constitucionalidad. Derecho comparado”, *La Ley* 05/01/2006, p. 1.

(2) GOZAÍN, Osvaldo A. *Sentencias constitucionales. Teoría y práctica*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2021, pp. 9/10.

Sobre el primero de los sistemas, Carlos Anta³ explica que por jurisdicción constitucional debe entenderse la función judicial dirigida a la garantía y preservación de la Constitución, y dicha función jurisdiccional puede ser ejercida a través de un especial Tribunal Constitucional o bien mediante un Tribunal Supremo dotado de competencias especiales (Suiza o Estados Unidos).

Por otra parte, el atributo del control de constitucionalidad puede derivar del tipo de proceso que se inicie, sus alcances y efectos (*v. gr.* acción de amparo, amparo por mora, *habeas corpus*, *habeas data*, etc.)⁴.

El estudio propuesto, busca profundizar sobre el significado y alcance de la justicia constitucional en la Provincia de Córdoba destinada a tutelar los derechos fundamentales a través de las distintas acciones específicamente previstas en la Constitución o en leyes, que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa.

Es que, en tales procesos, el control de constitucionalidad es inherente y cobra una dimensión particular, cual es, la revisión judicial de los actos dictados por autoridades públicas sometidas exclusivamente a esa jurisdicción, a fin de garantizar el equilibrio necesario en un sistema republicano de gobierno.

Para ello, se parte de la premisa de que todo régimen constitucional se perfecciona cuando la Administración Pública además de estar subordinada al orden jurídico, se somete a la justicia (art. 178 CP).

Además, actualmente, estamos ante una concepción moderna del proceso contencioso administrativo con nuevos perfiles constitucionalizados, a partir de la interpretación jurisprudencial en el ámbito provincial, que confieren una nueva perspectiva del carácter revisor del proceso como así también de su contenido, acompañado de un avance hacia los postulados que priorizan la defensa de los derechos fundamentales de los particulares. Esta reformulación alcanza a todos los procesos constitucionales que competen a la jurisdicción de derecho público.

A partir de tales premisas, se propone introducir un análisis de los distintos procesos que transitan en la jurisdicción contencioso administrativa teniendo en cuenta la especialización en derecho público que la caracteriza. Ello es indispensable en atención al desarrollo y complejidad cada vez mayor del ejercicio de la función administrativa a cargo del Estado o particulares privados encomendados de tal ejercicio.

Así entonces, en la primera parte, teniendo en cuenta los antecedentes históricos y legales, se repasará el diseño jurisdiccional del control judicial de los actos admi-

(3) ANTA, Carlos, cit.

(4) ZARZA MENZAQUE, Alberto. "Garantías institucionales. Habeas Data. Amparo. Habeas data. Amparo por mora", en HERNANDEZ Antonio M. - BARRERA BUTELER, Guillermo E. (Coords.). *Derecho Público Provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 358.

nistrativos en el ámbito de la Provincia de Córdoba, de acuerdo a los dispositivos del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo -Ley 7182-.

Luego, se verá la delimitación de la competencia de las cámaras contencioso administrativas en materia de amparos contra la Administración Pública, según la reforma legal introducida a la Ley General de Amparo provincial -Ley 4915-.

En este contexto de análisis, teniendo presente las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales devenidas por la reforma, se pondrá énfasis en aquellos aspectos involucrados que, a criterio de la autora, resultan dirimentes para una correcta interpretación de las razones, alcances y efectos de la reforma legal realizada.

Se consideran algunos de los antecedentes jurisprudenciales más sobresalientes en relación al deslinde de vías ordinarias y constitucionales en Córdoba, que anticipan y describen la configuración de una jurisdicción constitucional en el ámbito del fuero contencioso administrativo.

Se ilustran sintéticamente, los distintos procesos constitucionales que transitan en el ámbito del fuero contencioso administrativo, a saber: a) El amparo por mora contra la Administración; b) El amparo individual contra actos del Estado. c) El amparo colectivo y d) El *Habeas Data*.

Si bien, un estudio minucioso doctrinario y jurisprudencial de cada uno de esos institutos, excedería ampliamente la propuesta de este análisis sistematizado, se consideran los aspectos que se ciñen con la delimitación del objeto investigado, es decir, la inquietud de entender cómo se debe concebir la intervención y actuación del fuero en el diseño de estos procesos constitucionales.

Entre tales cuestiones, debe incluirse los conflictos radicados en la jurisdiccional electoral por la administración electoral, que actualmente también compete a la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida que sus actos son también plenamente revisables, según ha sido definido en las leyes reglamentarias de la temática.

En definitiva, se propone avanzar hacia una nueva interpretación moderna del sistema judicial contencioso administrativo en Córdoba que reconoce la conveniencia de admitir la configuración de una "justicia constitucional"⁵ antes que reconocer la simple existencia de procesos constitucionales o una jurisdicción constitucional.

II. Diseño jurisdiccional del control judicial de los actos administrativos del Estado en la Provincia de Córdoba

Tras la creación de las cámaras contencioso administrativas con asiento en la Ciudad de Córdoba y la nueva Ley 7182 en la Provincia, la jurisdicción contencioso

(5) GARCIA BELAUNDE, Domingo. "El derecho procesal constitucional y su configuración normativa", *Revista Foro de Córdoba* Nº 160, Año XXIII, Febrero 2013, p. 57.

administrativa quedó integrada del siguiente modo: el Tribunal Superior de Justicia por intermedio de la Sala Contencioso Administrativa, las Cámaras Contencioso Administrativas en la Primera circunscripción judicial con asiento en la ciudad de Córdoba, y en las Circunscripciones del interior de la Provincia a las Cámaras Civiles y Comerciales a las cuales se les amplía la competencia en la materia además de las otras específicas asignadas (civil, comercial, laboral y de familia) que intervienen como órganos de primera instancia.

Las cámaras conocen y resuelven en primera instancia en todas las causas en las que la Provincia es parte, mientras que intervienen en única instancia en todas las demás causas que aquella no lo sea (art. 10, Ley N° 7182).

Esta distinción de procesos, de instancia única y doble instancia, se basó en razones de origen constitucional e histórico y, exclusivamente, en la calidad subjetiva de uno de los sujetos procesales, al decir que “la provincia sea parte”.

Si se considera la competencia del fuero así delimitada, es dable advertir que tal dualidad delimitó un sistema recursivo de la sentencia de cámara diferente, con fundamento en la Constitución Provincial de 1923 (arts. 123, incs. 3) y 4) y 155) vigente al momento de sancionarse las Leyes 3897 y 7182 que residenciaba las causas contenciosas administrativas directamente ante el Tribunal Superior de Justicia.

Debe reconocerse, que la Ley 7182 instauró un sistema de avanzada para la época, al crearse “tribunales especializados” estableciendo, por regla general, su intervención en única instancia cuando se promueve una demanda impugnando un acto de la administración emitido en ejercicio de función administrativa por la autoridad en última instancia administrativa, salvo que el acto emane de las autoridades provinciales.

No obstante, por definición jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia provincial se asumió que a los fines de evitar una denegación de justicia y garantizar una revisión plena de los actos del Estado, se debía considerar que dada la reforma de la Constitución Provincial del año 1987, que suprimió la atribución de conocer y resolver de manera originaria y en única instancia local las causas referidas a la materia contencioso administrativa en la jurisdicción del Tribunal Superior (Ley 3897), reservándose su intervención sólo por vía de recursos, como por la asignación de competencia contencioso administrativa a las Cámaras Contencioso Administrativas y a las Cámaras Civiles y Comerciales del interior (Ley 7182), el desdoblamiento de la vía recursiva había perdido su razón de ser⁶.

El criterio subjetivo de deslinde de vías procesales previsto originariamente ya no tenía sustento normativo directo en los preceptos constitucionales, por lo

(6) TSJ Cba, Sala Cont. Adm. “Ferrocarril Córdoba Central S.A. c/ Provincia De Córdoba - Plena Jurisdicción y su acumulado Ferrocarril Córdoba Central c/ Provincia De Córdoba - Plena Jurisdicción - Recurso Directo” Auto N° 297, 12-19-2011. Este criterio ha sido ratificado sucesivamente.

que corresponde, antes que desestimar una presentación recursiva erróneamente presentada, encauzar la instancia correspondiente, salvaguardando la igualdad de armas procesales, el derecho al debido proceso legal y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es que, no luce justificado atenerse a una aplicación rigurosa de ley, susceptible de conducir a un formalismo estéril cuando es posible arbitrar soluciones desprovistas de arbitrariedad, destinadas a promover una actuación procesalmente correcta de la ley en base a una adecuada interpretación integral y amplia del ordenamiento jurídico, comprensiva no sólo de las normas legales y constitucionales, sino también, de los principios generales del derecho.

Esta reinterpretación legal, constitucional y convencional del proceso contencioso administrativo, que alcanza no sólo al sistema recursivo descripto, sino también a la etapa de habilitación de instancia, al sistema cautelar e incluso al proceso de sentencia y su ejecución, le confieren un nuevo contenido a la jurisdicción contencioso administrativa que debe proyectarse hacia todos los procesos que competen al fuero de derecho público.

A partir del año 2015, mediante las leyes 10249 (BOP 19/12/2014) y 10323 (BOP 04/12/2015) se modificó la Ley de Amparo Provincial (Ley 4915) otorgándole competencia exclusiva al fuero contencioso administrativo en cierto tipo de amparos (art. 4 bis⁷).

Ya se advirtió en otras oportunidades que esta modificación representó una ampliación de la competencia de las Cámaras del Fuero para intervenir en todos los procesos de esa naturaleza en donde el demandado sea el Estado.

Según la ley, los órganos judiciales que deben resolver el conflicto deben ser aquellos especializados en materia de derecho público aplicando sus principios y

(7) Artículo 4º bis.- “Será competente para conocer de la acción de amparo en contra de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial de la Provincia de Córdoba, sus entidades autárquicas o descentralizadas, empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta, municipalidades y comunas, sus entidades descentralizadas, empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta, la Cámara en lo Contencioso Administrativo que esté de turno y, en las Circunscripciones del interior de la Provincia, las Cámaras Civiles y Comerciales de turno competentes en lo contencioso administrativo, en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto. En estos casos cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones la Cámara en lo Contencioso o Cámara Civil y Comercial, según corresponda, que hubiere prevenido, disponiéndose la acumulación de autos. Si la acción de amparo se interpone en contra de más de una persona, y alguna de ellas fuera el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, sus entidades autárquicas o descentralizadas, empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta, un municipio o comuna, sus entidades autárquicas o descentralizadas, empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta será igualmente competente el fuero Contencioso Administrativo, conforme lo establecido en el párrafo anterior. Los miembros de la Cámara Contencioso Administrativa o de las Cámaras Civiles y Comerciales, según el caso, podrán actuar en las acciones de amparo de su competencia en forma unipersonal (Texto conforme modificación del art. 22 Ley Nº 10323).

criterios jurídicos del área. Incluso, a fin de evitar una demora en la resolución de este tipo de procesos -esencialmente expeditivos- se ha facultado a los miembros de las Cámaras para intervenir de modo unipersonal⁸.

La razón de esta modificación legislativa, fue la necesidad de habilitar al juez contencioso a ejercer un control más inmediato de la actividad de la administración pública cuando ella vulnera de manifiesta derechos constitucionales de los particulares. Esta temática implica una labor judicial muy compleja por el grado de repercusión social y vinculación con el interés público que innegablemente, es muy relevante.

Tal como se verá a continuación, la reforma introducida si bien fue objeto de críticas, tras varios años de su implementación, se reconoce como propicia y más favorable a la tutela de los derechos implicados la recurrencia a una “jurisdicción especializada” para la comprensión de la materia de derecho público.

III. La competencia de las Cámaras Contencioso Administrativas en materia de amparo contra la Administración Pública

A partir de considerar el alcance y los efectos que la vía del amparo confiere a la revisión judicial de los actos de la Administración Pública, debemos asumir que el juez del amparo debe realizar consideraciones de tipo procesal y de tipo sustancial, como es, la existencia de un obrar o “acto ilegítimo” de una autoridad pública, que resulte “manifiesto” y lesivo de “derechos y garantías” reconocidos por la Constitución, los tratados y las leyes⁹.

En el orden nacional y provincial, el amparo ha ocupado el estudio de constitucionalistas -Sagüés¹⁰, Manili¹¹, Barone¹²-, administrativistas -Sammartino¹³- como también de procesalistas -Gozaíni¹⁴, Palacio De Caeiro¹⁵-, en especial, cuando se

(8) SOSA, Daniela S. “Principios generales del proceso contencioso administrativo en la Provincia de Córdoba”, en ARÉVALO, Jorge (Comp.). *Guías de estudio para el ingresante al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2018, pp. 249/288.

(9) SAMMARTINO, Patricio M. *Amparo y Administración en el Estado Constitucional de Derecho*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 94.

(10) SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009.

(11) MANILL, Pablo L. (Coord.). *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 31.

(12) BARONE, Lorenzo D. *Amparo en salud. Un análisis desde la jurisprudencia*, Advocatus, Córdoba, 2021. La obra propone un análisis sustancial y procesal de la acción teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado.

(13) SAMMARTINO, Patricio M. *Op. Cit.*

(14) GOZAINI, Osvaldo A. *Op. Cit.*

(15) PALACIO DE CAEIRO, Silvia - YUNYENT DE DUTARÍ, Patricia. *Acción de amparo en Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2016, p. 169.

articula respecto del ejercicio de la función administrativa, ya que en ello se entremezclan aspectos de estas distintas disciplinas.

La admisión de la pretensión amparista, por imperativo del principio de juridicidad, requiere un examen integral y de revisión plena de los presupuestos materiales de fundamento constitucional y administrativo y no solo procesal.

Pablo Manili señala que la acción de amparo no puede desligarse del derecho tutelado, es entonces una vía de defensa de los derechos constitucionales. Acción y derechos son inescindibles.

En Córdoba, las leyes 10249 y 10323 atribuyeron la competencia en materia de amparos en contra de la Administración Pública -tanto provincial como municipal y de las comunas- a la jurisdicción contencioso administrativa (art. 4 bis).

Al tiempo de la reforma introducida, parte de la doctrina y la jurisprudencia entendieron que la reforma legal significaba constituir un fuero de privilegio para el Estado como un fuero especial con ventajas para una de las partes involucradas, pese a que tal condición está expresamente prohibida por el artículo 178 de la Constitución Provincial.

En esa posición, también se adujo que el Estado debía tener igual tratamiento que los particulares por el principio de igualdad, aunque la situación del Estado, no podría por regla, ser equiparada a la de un particular. En efecto, la existencia del interés público que subyace en toda intervención y actuación de la Administración Pública trasciende a los intereses de la totalidad de la sociedad -incluidos los de los propios particulares parte del proceso- por lo que mal podría aducirse que se trata de una relación entre iguales jurídicamente.

Al respecto, la Corte Nacional ha declarado reiteradamente que la garantía de igualdad dista de comportar una exigencia absoluta o rígida, sino que, por el contrario, es de carácter estrictamente relativo y queda satisfecha cuando la ley acuerda el mismo trato a las personas que se encuentran en las mismas circunstancias (recientemente ratificado en Fallos 344:2307¹⁶).

Explicita el Alto Tribunal que la garantía consagrada por el artículo 16 de la Constitución Nacional no importa otra cosa que impedir distinciones arbitrarias, inspiradas en un propósito manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases. El elevado fin que domina este principio es el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, entre las que pueden mencionarse aquellas realizadas en función de diferencias de color, raza, nacionalidad, religión, opinión política u otras consideraciones que no tengan relación posible con los deberes de los ciudadanos como contribuyentes¹⁷. Pero, tal delimitación

(16) CSJN, "Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno Art S.A. S/ Accidente - Ley Especial", 09/02/2021.

(17) CSJN, "Howard SRL c/ AFIP s/ Amparo Ley 16986", Fallos 345:1342, 12/06/2022.

no obsta a que el Legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable¹⁸.

Por último, también se consideró contrario a los intereses de los particulares demandantes que se aplique supletoriamente las regulaciones de la Ley 7182, ya que ello podía implicar serías limitaciones procesales para los amparistas, por ejemplo, en materia de instancias recursivas.

Sin embargo, tal pensamiento, tampoco resulta aceptable desde que la misma ley de amparo prevé su propio esquema de instancias recursivas (art. 15) que es aplicable incluso en la instancia cautelar, y además dispone que la aplicación supletoria de las normas según el fuero ante quien se haya promovido la acción, será posible siempre que la propia ley de amparo no rija el caso (art. 17). Numerosas resoluciones provisorias y definitivas de amparo resueltas en la justicia contencioso administrativa son apelables ante el Tribunal Superior por imperativo de la ley especial.

Los argumentos reseñados, entre otros, justificaron que en distintos pronunciamientos de la jurisdicción civil se acusó la inconstitucional del artículo 4 bis de la Ley 4915 incorporado, al disponer una diferente atribución de competencia judicial a la discernida por el Legislador provincial en su texto original.

Frente a ello, el Tribunal Superior de Justicia ha reafirmado sucesivamente, la doctrina según la cual, para discernir sobre la procedencia o no de la competencia de las Cámaras Contencioso Administrativas en materia de amparos, según la prescripción del dispositivo en cuestión, es necesario que se acredite la existencia de una vinculación directa entre el contenido de la pretensión sustancial y los principios de derecho público (TSJ Cba, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Mansilla Daniel Ricardo c/ Banco de la Provincia de Córdoba - Amparo - Cuestión de Competencia”, Auto N° 35 del 20/04/2017; reiterada en “Farías, Cintia Anahí c/ Banco de la Provincia de Córdoba - Amparo (Ley 4915) - Recurso de Apelación”, Auto N° 122 del 14/11/2017). Sobre el análisis de lo acontecido en estos casos se volverá más adelante.

Con mayor detenimiento, la decisión que adoptó el Tribunal Superior de Justicia en la causa “Murua, Susana Beatriz en Rep. de su madre María Azucena Murua Martínez c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) - Amparo - Recurso Directo” (Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 66 del 11/09/2020) tuvo incidencia directa en la tramitación de acciones de amparo, al establecer que la atribución de la competencia a la jurisdicción especializada en derecho público significó que el Le-

(18) CSJN, “Vivona, Mario Alberto...”, Fallos 344:3401, 28/10/2021.

gislador ratificó la institucionalización de un fuero especial en razón de la materia. Criterio que resulta constitucionalmente válido y oportuno.

De acuerdo a ello, se considera un atino del Legislador atribuir la competencia a órganos judiciales especializados toda vez que, aplicando los principios y criterios propios del fuero en su concepción actual, es posible asegurar el acceso a la justicia y el control judicial amplio de los actos públicos estatales.

En esta línea de pensamiento, en un agudizado análisis de las circunstancias que justificaron la reforma y los antecedentes existentes, el Tribunal Superior allanó la praxis jurisdiccional hacia un desarrollo más concreto de una jurisdicción constitucional del fuero.

Recordemos que, la Corte Suprema reconoce que el amparo es el medio de protección de los derechos humanos a cuyo fin es atribución de todos los jueces, de cualquier categoría y fuero interpretar la Constitución en las causas cuyo conocimiento corresponde¹⁹. Tal premisa, parte del carácter dinámico del amparo y aspira a poder alejar la posibilidad de radicar cuestiones de competencia, para evitar dilaciones y que la demora del trámite pueda ocasionar un perjuicio irreparable. Sin duda, el sentido de la reforma introducida se compadece con tales directrices.

La razón de la modificación legal fue la necesidad de habilitar al juez contencioso a ejercer un control de la actividad de la Administración que *prima facie* vulnera derechos constitucionales de los particulares, ya que la labor judicial de ejercer este control es más compleja que la que puede realizar un juez civil cuando el conflicto del amparo se da entre particulares. El grado de repercusión social y la vinculación con el interés público indudablemente, es diferente. De allí que se apelara a una “justicia especializada” en la comprensión de la materia.

IV. El ejercicio de las atribuciones provinciales en el diseño del sistema judicial argentino

Tal como explica María Angélica Gelli, en el esquema federal argentino, las provincias conservan todo el poder no delegado al Estado nacional (art. 121 CN) según un sistema representativo republicano y conforme a los principios, declaraciones y garantías establecidas en la Constitución Nacional, asegurando para sí la administración de justicia (art. 5 CN).

Allí reside la raíz de todo el sistema judicial que estableció un orden local de los estados federados, que comprende el poder judicial de las provincias -incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 CN)- distinto de la jurisdicción federal,

(19) Fallos 329:5896; 335:374; 330:4045, entre otros.

que nace de la delegación de facultades excepcionales de los entes locales, al crear el Estado Federal y por consiguiente también una justicia federal²⁰.

Al tiempo en que se sancionó el texto constitucional, tal como lo explica Fernando García Pulles, se dio preeminencia a la necesidad de afianzar la justicia en el ámbito federal y provincial, imponiendo a las provincias la obligación de organizar su administración de justicia como condición para que se dictaran sus propias constituciones²¹. Se postuló que las regulaciones procesales para la administración del proceso competen a las jurisdicciones locales.

Luego, la facultad de administración de justicia y la tramitación de los juicios es de incumbencia exclusivamente provincial, por lo que ellas pueden establecer las instancias que estimen convenientes (arts. 108, 121, 122 y 123, CN), siempre que en el ejercicio de la función se aplique la totalidad del orden constitucional y convencional argentino (arts. 5, 31, 75 inc. 22, CN).

Como es sabido, el principio de juridicidad al que se subordina la actuación de la Administración no se satisface si no existe un control judicial suficiente del accionar administrativo en el marco de los límites establecidos en el ordenamiento constitucional²².

Las normas constitucionales y procesales son las que garantizan la independencia de la justicia e imparcialidad del juez frente a las partes en litigio.

La zona de reserva jurisdiccional de las provincias para crear las instancias que estimen oportunas y convenientes fue reconocida por la Corte Nacional en el caso "Strada" (Fallos 308:490) y también merituada en la decisión del Tribunal Superior provincial en el citado caso "Murua" y sus antecedentes.

En esa directriz, se debe interpretar que de conformidad a lo previsto en los artículos 4 y 4 bis de la Ley 4915, cualquier magistrado provincial es competente para entender en las acciones de amparo que se entablen -cualquiera fuere su competencia por materia y que esté de turno- salvo aquellas demandas en las que se denuncien actos lesivos en contra de las administraciones públicas -provincial, municipal o comunal-, en cuyo caso, solo competen a la jurisdicción específica.

Existen antecedentes legislativos provinciales que ya habían establecido la competencia en los juicios de amparo contra actos lesivos emanados de las personas jurídicas públicas con similar carácter. Por ejemplo, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), (artículo 7, Ley 2145, BO 2580, 5/12/2006); Provincia de Buenos

(20) GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 2º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 803.

(21) GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Tratado de lo contencioso administrativo* 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 894-895

(22) SESIN, Domingo J. *El Derecho Administrativo en reflexión*, RAP, Buenos Aires, 2011, p. 19 y p. 77.

Aires (artículo 17 bis incorporado en la Ley 13928, Ley 14192, BO 26498, 16/12/2010); Provincia de Jujuy (Ley 4442, BO, 06/10/1989).

Inclusive en aquellos sistemas judiciales provinciales donde la competencia está conferida al máximo órgano judicial se ha previsto un sistema de asignación similar. Así es el caso de la Provincia de Catamarca (artículo 1 de la Ley 4998, BO, C 3351, 22/2/2000).

De manera disímil, en otras regulaciones provinciales, aun cuando se han previsto procesos constitucionales, se ha habilitado la interposición de la acción de amparo ante *“cualquier juez sin distinción del fuero”*, tal como ocurre en las Provincias de Corrientes (artículo 3, párrafo primero de la Ley 5676), Entre Ríos (artículo 4, Ley 8369) o Neuquén (artículo 4, párrafo primero de la Ley 1981).

Finalmente, en otras regulaciones interviene en tales procesos, cualquier juez *“de la instancia”*, como se prevé en la Provincia de Chaco (artículo 3, Ley 877-B -ex Ley 4297) o *“de la circunscripción”* en la Provincia de Misiones (artículo 4 de la Ley XII -nº 2 -ex Decreto Ley 368/67).

Lo expuesto, a más de evidenciar la complejidad de la temática, corrobora la diversidad y dinámica de los distintos criterios seguidos por los legisladores provinciales, en orden a la delimitación del tribunal judicial competente en las acciones de amparo.

Queda demostrado que coexisten distintos modelos, unos de competencia especializada, otros centralizada y otros *ad hoc* con sujeción a la sustancia de la cuestión jurídica involucrada; otros son consecuentes con un esquema de competencia difusa, indiscriminada o amplia, con prescindencia de una conexión directa e inmediata con la índole material del asunto que el amparo se dirige a atacar.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia provincial ha señalado que *“(…) el diseño cordobés exhibe una combinación o mixtura entre el método de competencia difusa o desconcentrada (en el que los jueces locales entenderán, cualquiera sea su competencia por materia, siempre que estén de turno, con arreglo al art. 4 de la Ley n.º 4915) y el mencionado parámetro de competencia especializada o centralizada (a través del cual impone la intervención de los magistrados de la Cámaras en lo Contencioso Administrativo en cuanto juzgadores especializados en la materia que hace sustancialmente al amparo contra actos lesivos del Estado o de sus entes descentralizados, de conformidad con el art. 4 bis de la legislación citada) (…)”* (del citado caso *“Murua”*).

En definitiva, el sistema provincial cordobés se alinea dentro del nominado margen de apreciación provincial que habilita a entender que ciertas jurisdicciones del Estado federal pongan distintos énfasis en las normas procesales sobre competencia en materia de demandas de amparo, según las atribuciones delimitadas por el artículo 5 de la Constitución Nacional.

Al resguardo del sistema federal argentino, Horacio Rosatti explica en su disidencia parcial en el caso *“Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta*

- Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo” que dicho margen comporta un “*aspecto característico (...) connatural al sistema federal establecido por el art. 1 de la Constitución Nacional (...)*”²³. Vale decir, como una potestad inherente a la autonomía provincial reconocida por nuestro sistema constitucional.

El legislador cordobés al conferir a la competencia especializada los amparos dirigidos contra actos administrativos de la Administración pública ha ejercido una atribución legítima en el marco de las potestades otorgadas por el sistema federal argentino y dentro de su margen de apreciación, en una materia autorizada por la Constitución Nacional, escogió un sistema específico de atribución de competencia judicial, teniendo en cuenta el contenido de la materia involucrada y los intereses comprometidos, no solo la condición subjetiva del sujeto demandado.

V. La asignación de una competencia jurisdiccional específica

Sabido es que, por regla, se reconocen dos alternativas posibles a la hora de definir un criterio competencial en materia de amparos.

Por un lado, es posible concebir una competencia difusa, atribuida a todos los jueces con independencia del fuero, de la instancia o de la circunscripción, etc., poniendo la atención en la urgencia de la respuesta jurisdiccional. La otra, se centra en establecer la competencia del órgano judicial en función de la materia comprometida, entendida como una competencia concentrada, encaminada a profundizar el principio de especialidad sobre el que está asentada la organización jurisdiccional.

Ambas alternativas, son posibles por imperativo de las atribuciones autonómicas y exclusivas provinciales reconocidas en los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, a la vez que, no son excluyentes por sí solas, de manera absoluta y apriorística.

Cada provincia en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, establece el diseño procesal-adjetivo que según su mérito y apreciación asegure la garantía constitucional del amparo.

En Córdoba, no obstante subsistir la competencia difusa para el caso de acciones de amparo que no encuadran en el enunciado normativo del artículo 4 bis de la Ley 4915 incorporado, la reforma introducida traduce una opción legislativa, que no es otra que la de afianzar la competencia especializada del fuero. Así, se ha construido la competencia constitucional provincial a partir de un *sistema mixto*.

En este diseño, respecto de la jurisdicción administrativa, no solo se ha pensado en la necesidad de contar con órganos especializados en materia de derecho público, que consideren los principios y criterios propios del fuero contencioso adminis-

(23) CSJN, Fallos 340:1795, 12/12/2017. Criterio reiterado recientemente, en la disidencia del mismo juez en la causa “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos C/ Dirección General De Escuelas S/ Acción De Amparo”, Fallos 345:730, 23/08/2022.

trativo, sino también en la necesidad de obtener una interpretación sistemática u orgánico-armonizante de todo el orden jurídico²⁴.

De acuerdo a ello, el Tribunal Superior provincial ha señalado que “*Tal solución en favor del principio de la especialidad no ha sido ajena a los registros comparados en la evolución de ciertas jurisdicciones de Derecho público, pues puede ilustrarse con la medida práctica de dualidad de jurisdicciones, en la que una órbita jurisdiccional común se reserva para el tratamiento de litigios entre particulares y otro orden jurisdiccional específico se programa para resolver pleitos en los que interviene un sujeto público*” (Del citado caso “Murua”).

La dicotomía entre “jurisdicción difusa” o “jurisdicción especializada” en materia de asuntos constitucionales, es un tema que ha preocupado en las distintas épocas tanto a legisladores como a los juristas más destacados.

Ciertamente, promover la idea de una jurisdicción especializada respecto a la revisión de los actos administrativos tiene sus comienzos en los orígenes mismos de la jurisdicción contencioso administrativa.

Recordemos que el sistema argentino de control de los actos de la Administración Pública se ideó sobre la base de sistema típicamente judicialista, cuyas raíces principales están dadas en las instituciones hispánicas -primeramente, en Aragón y más tarde, en Castilla, sin perjuicio de la trascendente influencia recibida del derecho constitucional norteamericano- y más allá de los matices propios que desarrolló, según el sistema federal argentino establecido en las bases de nuestra Constitución Nacional.

Al revisar las raíces continentales, principalmente el sistema Francés -con el Concejo de Estado Francés-, el español que ideó un sistema de Consejos Provinciales con jurisdicción delegada, otro Consejo Real con jurisdicción retenida, y el sistema italiano, se advierte que en el sistema argentino el control judicial de la actividad administrativa, se subordinó al criterio rector de que la decisión previa administrativa era condición necesaria para llevar a juicio a la Administración Pública²⁵.

Asimismo, el sistema evolucionó de modo diferente al sistema norteamericano caracterizado por el pragmatismo y la eficiencia que llevó a la implementación del modelo de la “jurisdicción administrativa primaria” estatuyendo tribunales administrativos y en algunos supuestos, hasta excluyendo la posibilidad de una revisión judicial posterior²⁶.

(24) SAGÜÉS, Néstor P. “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 1 (2004), pp. 151/170, 156.

(25) ABERASTURY, Pedro. *La justicia administrativa*, 1º Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires. 2006, p. 5.

(26) COVIELLO, Pedro José J. “¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso ‘Ángel Estrada’)”, *ED*, 2005-429; ABERASTURY

Se trata de sistemas bien diferenciados en sus orígenes, estructura y funcionamiento. A partir de aquellos antecedentes en el sistema judicial argentino, se asignó la jurisdicción para conocer y resolver los reclamos deducidos por los particulares contra el accionar de organismos públicos bajo ciertas características específicas, asumiéndose que, según las propias bases constitucionales, a los órganos judiciales le compete de modo exclusivo, el control amplio y suficiente de los actos de la administración.

La Constitución Nacional no adoptó un modelo a seguir, sino que atribuyó al legislador las habilitaciones para ejercer ese control, estableciendo las reglas y excepciones, aunque siempre dentro de un esquema que busca fortalecer un control independiente respecto de los actos de la Administración Pública.

En definitiva, conviven dos sistemas: a) una *competencia ordinaria o común*, de control judicial sobre la Administración Pública, como es el caso de la jurisdicción federal, salvo los tribunales especiales que funcionan en la CABA, donde existen juzgados y cámaras en lo contencioso administrativo. Tales causas tramitan como juicio ordinario en función de lo normado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; b) una *competencia especializada en lo contencioso administrativo* dentro de la órbita del Poder Judicial de las provincias argentinas (donde se ejerce el control del ejercicio de la función administrativa, sea con competencia originaria en los Tribunales Superiores de Justicia o Cortes Supremas de Justicia Provincial, o por medio de las cámaras en lo contencioso administrativo), asumen un desplazamiento de la competencia contencioso administrativa en órganos judiciales diferenciados.

En este último sistema, cuando el Estado actúa en el ámbito del derecho privado, interviene la jurisdicción ordinaria civil, aun cuando ello involucre un cuestionamiento constitucional que se introduce por la acción de amparo.

En la Provincia de Córdoba, la jurisdicción contencioso administrativa es ejercida por tribunales especializados -las cámaras del fuero y el Tribunal Superior como instancia de revisión, art. 178 y Ley 7182-. A su vez, este fuero por atribución legal, asume su intervención en los planteos constitucionales introducidos por la vía del amparo -en sus distintos tipos- siempre que pongan en juego la validez de actos administrativos, omisiones o comportamientos de las administraciones.

En estas condiciones, se advierte un proceso gradual dentro del sistema jurídico cordobés hacia un criterio de la especialización institucional en el deslinde de competencias, primeramente, respecto los procesos contencioso administrativos y hoy, en los procesos constitucionales relativos a los actos estatales.

Pedro. *Op. Cit.*, p. 268.

VI. Antecedentes jurisprudenciales en relación al deslinde de vías ordinarias y constitucionales en la jurisprudencia de Córdoba

Entre los antecedentes firmes que han perfilado la jurisdicción constitucional que actualmente se ejerce en el ámbito de los tribunales contencioso administrativos de la Provincia, incluso con anterioridad a la modificación introducida a través del art. 4 bis de la Ley 4915, se describen a continuación algunos casos que han sido relevantes en el proceso de configuración del fuero.

a) Caso “Álvarez José I. c/ Provincia de Córdoba - Amparo - Recurso de Casación”²⁷

Aquí el Tribunal se pronunció sobre la procedencia de la vía constitucional interpuesta en contra de vías de hechos atribuidas al Tribunal de Cuentas de la Provincia, ratificando que la procedencia de la vía del amparo ante actos o hechos administrativos, exige invocar y probar “circunstancias de excepción” que hagan que las demoras propias de las vías ordinarias puedan ocasionar un gravamen excepcional de magnitud, que justifique prescindir de las etapas administrativas o procesales habituales, como único medio que habilite la acción constitucional.

Con sustento en los principios que derivan del orden jurídico constitucional y convencional, en particular, los de seguridad jurídica y confianza legítima, juzgó ilegítima la actuación del órgano administrativo. Por la imperatividad de tales principios, es exigible la previsibilidad de los actos administrativos, ya que en ello está implícita la confianza legítima de los ciudadanos, susceptible de ser lesionada por la incertidumbre respecto las reglas aplicables a la situación subjetiva del amparista.

b) Caso “Complejo Ambiental de Tratamiento, Valoración y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos de Córdoba y otros”²⁸

La amparista objetaba entre otros argumentos, la competencia del Tribunal, por entender que el artículo 4 bis suponía la creación de una “comisión especial” a favor de los poderes o entes estatales enumerados en el dispositivo, en abierta violación del debido proceso y la garantía del juez natural (arts. 18, CN, 39 CP y 8.1. CADH).

El Tribunal aclaró que la determinación por ley de una competencia difusa, sin discriminación de fuero, o de una competencia en razón de la materia, deriva del ejercicio de una atribución exclusiva de cada provincia en el marco de competencias de la Constitución Nacional.

Se expuso que la reforma introducida avanza hacia una especialización de la jurisdicción en beneficio de los justiciables dado que, por la materia y naturaleza

(27) TSJ Cba, Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto Nº 4 del 23/02/2016.

(28) TSJ Córdoba, Sala Electoral y de Competencia Originaria, en pleno, Auto Nº 115, 31/10/2017.

del asunto en discusión, el conocimiento y la resolución se concentra en un fuero especializado en derecho público.

Con posterioridad, en la citada causa “Murua”, el Tribunal Superior volvió sobre este análisis y puntualmente refirió a la necesidad de afianzar un diseño institucional coherente con los principios y derechos constitucionales, dado que ante la actuación judicial no existen los fueros personales ni los privilegios; ni aun cuando el Estado sea demandado, pues por disposición constitucional puede ser llevado a juicio sin gozar de ningún privilegio (artículo 16 CN y artículos 7, 19 inciso 3), 60 *in fine* y 178 CP).

Respecto de la eliminación de los “fueros”, allá por 1907, decía la Corte Suprema que según los términos del artículo 16 de la Constitución Nacional, la cancelación de los fueros personales importa que la condición de la persona no puede ser tomada en cuenta, en general, como elemento capaz de determinar un “fuero de excepción” cuando el hecho en sí mismo fuese del conocimiento de la jurisdicción común, pero la Constitución no ha suprimido los fueros reales o de causa, esto es, los que se basan en la naturaleza, lugar y ocasión de los actos que sirven de fundamento a los respectivos juicios²⁹.

A su turno, en orden a los supuestos “privilegios”, el artículo 178 de la Constitución Provincial, según los propios términos de los convencionales constituyentes, importó asumir que el Estado es una persona de derecho público, aunque su actividad, en unos casos, está regida por el derecho privado, y en otros por el derecho público, y ello es, en definitiva, lo que delimita la jurisdicción interviniente sin otra consideración respecto de la calidad del sujeto estatal interviniente en el proceso.

Finalmente, en cuanto a la crítica sustentada en la afectación de la garantía de juez natural, remitiendo a la jurisprudencia nacional, se recuerda que la Corte Nacional ha fijado una regla interpretativa, que disipa todo cuestionamiento constitucional al cambio legislativo producido, que frente a reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia, el artículo 18 sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para “casos semejantes”, con el objetivo de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, pues ello sí, por vía indirecta, constituye una verdadera comisión especial³⁰.

c) Caso “P., H. R. C/ Administración Provincial del Seguro De Salud (APROSS) - Amparo”³¹

Involucrada la cobertura de ciertas prestaciones de salud, el Tribunal Superior intervino por vía de apelación, en un conflicto de competencia planteado entre un

(29) Fallos 126:280.

(30) Fallos 234:482.

(31) TSJ Córdoba, Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 3 del 18/02/2019.

juzgado civil y comercial de primera instancia y la cámara con competencia en lo contencioso administrativo en la sede judicial de la ciudad de Villa María.

En la decisión judicial, se consideró operativo y aplicable al caso el artículo 4 bis de la Ley 4915, en virtud de que la competencia es de orden público y, por ende, establecida por la ley según los distintos criterio de distribución (territorial, material, personal, funcional, etc.), sin perjuicio de que el Tribunal Superior, en ejercicio de su superintendencia pueda reglar ciertos criterios con el objetivo de organizar la competencia interna y el eficaz desempeño de la función jurisdiccional en todo el ámbito provincial, tal como lo hacían las Acordadas que establecieron la competencia en los procesos de amparo (AR Nº 540-A-2000; AR Nº 785-A-2005 y AR Nº 1257 de fecha 3/2/2015, entre otros) con anterioridad a la reforma.

A tenor de las garantías de tutela judicial efectiva y la debida tutela constitucional y convencional de los derechos presuntamente vulnerados (derecho a la salud), se declaró competente a la cámara del interior provincial.

*d) Caso "M. S. B. en representación de M. A. M. c/ APROSS"*³²

El Tribunal Superior se volvió a pronunciar sobre la constitucionalidad de la competencia estipulada por el artículo 4 bis de la Ley 4915 para intervenir en el control constitucional respecto de actos emitidos por la entidad pública.

En suma, la descripción realizada a través de los distintos casos evidencia que el deslinde de la jurisdicción se construyó a partir de los postulados y directrices interpretativas originadas en el diseño judicial del sistema contencioso administrativo especializadas que asumieron las provincias argentinas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Claro esto, distintos modelos y diseños competenciales, que han servido de antecedentes, y los pronunciamientos judiciales dictados en el seno del Tribunal Superior provincial, traducen el avance certero hacia la delimitación de una jurisdicción constitucional en la Provincia de Córdoba.

Es que, independientemente de los sistemas de control de constitucionalidad y convencionalidad y de las vías legales previstas para la protección procesal de los derechos fundamentales de los particulares afectados por actos administrativos, individuales o generales, lo cierto es que, en la jurisdicción provincial, no existen actos ajenos al control judicial.

En sentido coincidente, Juan Carlos Cassagne, en alusión al sistema nacional, explica que desde el proceso de amparo, el recurso extraordinario o la declaración de inconstitucionalidad de una ley, un reglamento o un acto administrativo contenida en una sentencia judicial pronunciada en un proceso de conocimiento; todos ellos, constituyen mecanismos idóneos disponibles para los particulares, tendientes a

(32) TSJ Córdoba, Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto Nº 66 del 11/09/2020.

obtener la anulación de los actos o hechos que vulneren los derechos fundamentales y principios que derivan del ordenamiento jurídico³³.

VII. Procesos constitucionales asignados al fuero contencioso administrativo

Establecida la constitucionalidad de la delimitación de competencia en materia de amparos en la jurisdicción contencioso administrativa, consideraremos ahora, sucintamente, los distintos procesos que integran la jurisdicción constitucional en Córdoba.

Estos procesos, como amparos especiales, con anterioridad a la reforma introducida en la Ley General de Amparo, que incorpora el *amparo individual contra actos del Estado*, ya estaban asignados a la jurisdicción especial de derecho público.

El amparo por mora contra la Administración y acceso al conocimiento de los actos del Estado

El deber de responder de la administración es una regla de fuente constitucional que deriva de los artículos 14 de la Constitución Nacional y 19 inciso 9 y 52 de la Constitución Provincial.

Estos dispositivos refieren al derecho de los particulares de peticionar ante las autoridades. En la Provincia de Córdoba se precisa que el derecho consiste en peticionar ante las autoridades y obtener respuesta, y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos. Se trata de un derecho de obtener decisión o resolución que, además, debe ser expresa.

Atento a que las autoridades públicas no siempre cumplen la manda constitucional de dar respuesta, el sistema legal le confiere al particular dos posibilidades a fin de tutelar la situación de desprotección producida por la circunstancia fáctica del silencio.

Por un lado, tenemos la denegatoria presunta por silencio, que se configura según las instancias previstas en la Ley de procedimiento administrativo provincial (Ley 5350, t.o. 6658 con las modificaciones introducidas por la Ley 10618) y la otra alternativa es la vía de la Acción de amparo por mora (artículo 52 CP) cuya articulación y tramitación corresponde, también por asignación legal, a la jurisdicción contencioso administrativa, según lo prescripto en la Ley 8508 (BO 17/11/1995).

Tras el dictado de la citada ley, reglamentaria de la acción de amparo por mora -prevista originariamente en la Constitución Provincial-, la Ley 8803 de Acceso al conocimiento de los actos del Estado, en el año 1999, vino a reglamentar el derecho de toda persona de acceder a dicho conocimiento (art. 15 CP).

(33) GASSAGNE, Juan C. *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, pp. 97-98.

De acuerdo a la normativa, toda solicitud de información debe ser satisfecha en el plazo de diez días hábiles, ampliables por otros diez días hábiles (art. 7 ib.); vencidos tales plazos, sin que se suministre la información pedida, se presume que hay negativa para brindarla y queda habilitada la acción de amparo por mora de la administración (art. 8 ib).

Si la resolución fuera negatoria, procede la acción constitucional siempre que fuera resuelta en exceso de los límites impuestos en el artículo 3 de la ley o la fundamentación fuera arbitraria, insuficiente o aparente³⁴.

El fundamento del amparo por mora como garantía constitucional reside en el derecho a peticionar a las autoridades y obtener respuesta (art. 14 C.N., arts. 19 inc. 9 y 52 C.P. y art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica), en el ejercicio del derecho de defensa (art. 18 CN) y el debido proceso adjetivo (art. 8 LPAC).

Se trata de un amparo especial dentro del genérico (art. 48 CP), pero regulado en una legislación especial (Ley 8508), que tutela situaciones distintas. En efecto, el bien tutelado es el derecho a obtener respuesta. De modo tal que, tal como señalan Sesin y Pisani, en su obra *"(...) el mero incumplimiento del deber legal de obrar concretamente dentro del plazo fijado, sólo afecta el derecho a obtener una resolución expresa"*³⁵. A renglón seguido, los autores explican que mientras la sentencia del amparo genérico determinará de modo preciso una conducta a cumplir y las condiciones necesarias para su ejecución, en el amparo por mora, la sentencia judicial obliga a la administración a obrar expresamente en un plazo determinado -dictar el acto administrativo- pero no emite decisión sobre el contenido formal o sustancial del mismo.

Se trata de dar protección al administrado frente a la demora de la administración, una acción que facilita la defensa del derecho de los administrados. De allí que, aun cuando se considere configurada la denegatoria presunta a través del pronto del despacho necesario, si no interpuso la demanda judicial por silencio, el particular conserva la facultad de interponer la demanda de amparo por mora.

En tal sentido, el Tribunal Superior ha explicitado que *"(...) la acción de amparo por mora tiene por objeto revertir la conducta lesiva de la Administración consistente en una omisión en la actividad de un órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa, de emitir una decisión definitiva expresa -última o no- frente a peticiones en general y/o recursos del interesado"*. Es que, si *"(...) la ficción legal del acto denegatorio presunto, a más de no constituir una respuesta adecuada al «derecho a ser administrado» que la norma constitucional reconoce y estar instituida en su exclusivo beneficio, en ciertos supuestos puede dificultar su defensa y aún generar un desgaste jurisdiccional inútil. En consecuencia, de conocerse las razones concretas que motivaron la denegatoria, la actora se encontrará*

(34) TSJ Córdoba, Sala Cont. Adm., "Sez, Gustavo Adolfo c/ Municipalidad de Capilla del Monte -Amparo por mora - Recurso Directo", Auto Nº. 63/2007.

(35) SESIN, Domingo J. - PISANI, Beatriz. *El Amparo por mora contra la Administración*. Advocatus, Córdoba 2010, p. 17.

*en condiciones de evaluar la conveniencia o no de proseguir la vía recursiva y/o iniciar las acciones judiciales pertinentes*³⁶.

En Córdoba, el constituyente provincial, frente a la obligación de la Administración de resolver, consagró una garantía jurisdiccional específica a través de la cual procura conservar el orden jurídico.

Hasta el momento de la redacción constitucional, el particular no contaba con una vía jurisdiccional alternativa para la obtención de una decisión expresa, pudiendo solamente actuar el instrumento procedimental del pronto despacho (art. 70, Ley 6658) a los fines de acceder al contencioso administrativo por la vía de la denegatoria presunta.

El dictado del acto administrativo traduce un reconocimiento implícito de la procedencia de la pretensión del amparo, en cuanto revela la existencia de la mora y además expone un acto administrativo que, aunque tardío, tiene carácter definitivo sobre el asunto.

Esa emisión del acto ordenado judicialmente, se ha dado a llamar en la doctrina como la “sustracción de materia”. Peyrano explica que debe entenderse como: *“un medio anormal de extinción del proceso (no regulado por el legislador) constituido por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el Tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión deducida”*³⁷.

Es que, la omisión o retraso en la toma de decisiones o realización de diligencias por parte de la Administración constituye un claro supuesto de anormal funcionamiento de la Administración y como tal, susceptible de generar responsabilidad estatal objetiva y directa por los perjuicios causados hacia los particulares. No se puede presumir que el Estado hubiera actuado con la misma premura si el particular no hubiera interpuesto la acción de amparo por mora, y obtenido de ese modo el auxilio judicial.

La vía de este amparo específico, al obtener una decisión de la autoridad de forma expresa, permite conocer los fundamentos y en caso de no estar de acuerdo se puede ejercer mejor el derecho de defensa ante los órganos judiciales y, además, no hay un plazo para su interposición, a diferencia de lo que ocurre con la vía de la denegatoria presunta que esta condiciona al correcto agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición oportuna del pronto despacho contenido en la Ley 6658.

En cuanto a la competencia del Tribunal, por regla general, a elección del particular la ley dispone que será el del domicilio de la demandada o del lugar donde

(36) TSJ Córdoba, Sala Cont. Adm., “Green Time S.A. c/ Municipalidad de Villa Carlos Paz - Amparo por mora - Recurso De Casación”, Auto N°. 61/2006.

(37) PEYRANO, Jorge. “A propósito de la sustracción de materia”, JA 1980 III, p. 165.

debió cumplirse el dictado del acto, pero siempre bajo un “criterio de especialidad del fuero”; es decir, tomando intervención las Cámaras contencioso administrativas en la capital cordobesa o las de competencia múltiple en el interior provincial.

En su caso, por voluntad expresa del legislador desde el año de la sanción de la ley, toda presentación de la acción ante un Tribunal distinto será rechazada *in limine* (art. 6, Ley 8508).

Por último, y sin ánimo de agotar el estudio detenido de este instituto, la acción de amparo por mora fue un instrumento instituido exclusivamente en protección del administrado en su relación con la Administración, cuando actúa en ejercicio de la función administrativa (art. 52 CP y Ley 8508), por lo que la intervención de la jurisdicción especializada aparece claramente justificada.

El Habeas Data

La acción de *habeas data* es reconocida por la doctrina como una especie de amparo, tal como afirma Sagüés³⁸. Su objeto, es habilitar a toda persona que revista el interés a acceder al conocimiento de los datos que sobre su persona y actividad consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, pudiendo exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos, en caso de falsedad o discriminación³⁹, entre otros.

La Ley 25326 de Protección de Datos Personales establece que debe aplicarse al *habeas data* el trámite del proceso de amparo, y de manera subsidiaria las normas del procedimiento civil sumarísimo (art. 37).

En Córdoba, por el Acuerdo Reglamentario nº 785, Serie “A”, de fecha 22 de agosto de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, se unificaron los criterios en cuanto al tratamiento del *habeas data* al considerarlo como una especie de amparo a los fines de la aplicación del sistema de turnos para la asignación del tribunal interviniente, con sustento en el artículo 37 de la Ley de Protección de Datos Personales.

Establecía que las cuestiones que se planteen dentro del marco de la normativa nacional y provincial de protección de datos personales, lo serían por la vía del amparo -Ley 4915- como como medio judicial más idóneo, y quedaban comprendidas en el sistema de turnos temporales pre asignados. Se complementaba el Acuerdo Reglamentario Nº 540-A que establecía el sistema de turnos rotativos entre los juzgados civiles y comerciales, de conciliación y de control, con relación al artículo 4 de la Ley 4915.

(38) SAGÜÉS, Néstor P. *Op. Cit. prim.*, p. 666.

(39) SESIN, Domingo J. “Nuevo remedio constitucional contra el abuso del poder informático, de los registros y de los bancos de datos: el *habeas data*”, *Revista Semanario Jurídico*, T. 72-1995-A, p. 610.

De este modo, se había incluido dentro de ese sistema de turnos rotativos a las acciones de *habeas data*.

El sistema fue modificado en virtud de la reforma introducida a la Ley 4915 y el artículo 4 bis incorporado, al dejar fuera del sistema de asignación de causas por turno a todas las acciones de amparo dirigidas en contra de los poderes del Estado, sus entidades autárquicas descentralizadas, empresas públicas en virtud de sus actos u omisiones susceptibles de lesionar derechos constitucionales, sean del ámbito provincial, municipal o comunal.

Al respecto, en la causa “Mansilla Daniel Ricardo c/ Banco de la Provincia de Córdoba -Amparo- Cuestión de Competencia”⁴⁰, en ocasión de una acción de *habeas data* interpuesta ante un Juzgado en lo civil y comercial de la ciudad de Córdoba, el tribunal se había declarado incompetente y remitido las actuaciones a la cámara contencioso administrativa. Pero, la Cámara, asumió que la pretensión excedía la competencia según los términos de la Acordada N°. 785-A-2005, por lo que procedió a restituir las actuaciones a la jurisdicción civil, derivando tal situación en un conflicto de competencia que debió dirimir el Tribunal Superior (artículo 165, inciso b) Constitución Provincial).

Para decidir, el Alto Cuerpo consideró que la incorporación del artículo 4 bis a la ley de amparo “(...) en virtud de la naturaleza de la persona accionada, y considerando que era necesario y conveniente que los órganos judiciales que juzguen tales conflictos sean aquellos especializados en materia de Derecho Público, conforme principios y criterios propios del fuero Contencioso-administrativo”, justificaba que tales procesos de amparo debían quedar radicados en la jurisdicción especializada.

Vale decir que, aquellos asuntos que se someten al derecho público con relación a los sujetos que según lo establece la norma, sus funciones, en principio, se concretan en el contexto de la Administración pública mediante el ejercicio de la función administrativa, corresponden al fuero contencioso administrativo.

No obstante, dicha proyección interpretativa, en el caso, el Tribunal Superior resolvió que el asunto debía radicar en la jurisdicción ordinaria por cuanto del objeto de la pretensión surgía que la demanda resultaba ajena a la competencia propia del fuero contencioso administrativo⁴¹.

Este criterio, fue posteriormente compartido en los autos “Farías, Cintia Anahí c/ Banco de la Provincia de Córdoba - Amparo (Ley 4915) - Recurso de Apelación”⁴².

(40) TSJ Córdoba, Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 35 del 20/04/2017.

(41) En el caso, según los términos de la demanda, de la base de datos del Banco Central de la República Argentina el amparista surgía como “deudor” del Banco Provincia de Córdoba. En esos términos, la relación jurídica era eminentemente privada, regulada por el privado; especialmente, el derecho de consumo.

(42) TSJ Córdoba, Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 122 del 11/4/2017.

El Tribunal, declaró que lo cuestionado por la vía constitucional tenía su origen en cláusulas contractuales convenidas entre las partes a raíz de los contratos de crédito y de financiación oportunamente celebrados, por lo que excedían la competencia contencioso administrativa a los fines de admitir la acción planteada⁴³.

En suma, en ambos pronunciamientos, se asumió que debe existir una relación directa entre el contenido de la pretensión y la especialidad del fuero de derecho público, a los fines de determinar la competencia contencioso administrativa en los procesos urgentes iniciados en los términos del artículo 4 bis de la Ley 4915, toda vez que los asuntos cuya resolución este sometida a la aplicación de un régimen jurídico de derecho privado, exceden la competencia especializada y deben tramitar en la jurisdicción ordinaria.

Se infiere entonces que no basta entender que la reforma introducida asumió un criterio subjetivo pasivo para atribuir la competencia a las cámaras contencioso administrativas, sino que, además, la relación jurídica involucrada en el asunto debe estar sometida a una regulación de derecho público aplicable a los actos administrativos enjuiciados o la omisión de dictado.

Es que, aun cuando se accione en contra de una autoridad pública provincial o municipal, si la revisión de sus actos refleja que en la cuestión debatida subyace una relación eminentemente privada, cuyo ámbito de regulación corresponde al derecho privado, el asunto corresponderá a la jurisdicción ordinaria y no a la competencia de las cámaras del fuero.

El amparo colectivo

Aquí se discurre particularmente, en la consideración de la vía procesal del amparo en contra de los actos de la administración teniendo en cuenta la reforma constitucional de 1994 y la doctrina legal vigente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la afectación de los derechos colectivos.

Como es sabido, tradicionalmente, la noción de derechos de incidencia colectiva o difusos en general, estaba ligada a los llamados “derechos de tercera generación”: derecho a la protección del medio ambiente, al patrimonio cultural, a la no discriminación, competencia, derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (arts. 41, 42, CN) cuya tutela judicial está reconocida en los sujetos legitimados por el mismo texto legal y por la vía procesal de amparo (art. 43 CN).

(43) En el caso, la cámara contencioso administrativa había rechazado *in limine* la acción de amparo interpuesta con el objeto de que se ordene el cese de los débitos automáticos operados en la caja de ahorro de la actora, en concepto de pago mínimo de la tarjeta de crédito y cuotas de préstamos personales vigentes con dicha institución, y la restitución de lo retenido, desde que había comunicado su voluntad de dar de baja las operaciones de débito automático.

De acuerdo a lo expresado, tanto la situación de derechos de incidencia colectiva o intereses difusos tuvieron igual tratamiento hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Halabi, Ernesto c. P.E.N.” del año 2009 (Fallos 332:111) revisó la doctrina clásica de la distinción entre derechos difusos y colectivos, reformulando las diferentes categorías de derechos susceptibles de protección jurídica por vía de la acción judicial del amparo, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y los efectos de las sentencias dictadas.

Así, a más de los derechos subjetivos individuales, hoy se distinguen: i) Derechos de incidencia colectiva indivisible que pertenecen a toda la comunidad; ii) Derechos de incidencia colectiva de bienes divisibles correspondientes a un grupo determinado; iii) Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En tales procesos, la sentencia dictada en virtud de la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos con el accionar del Estado tiene efectos “*erga omnes*” por la amplitud de los efectos del pronunciamiento, pues requiere superar la regla inter partes al admitirse una legitimación grupal derivada de la naturaleza de la “acción colectiva”.

A partir del citado precedente, pretorianamente, se establecieron los primeros pasos procesales una acción colectiva, atento a que el sistema judicial argentino no prevé la acción popular como sí ocurre en otros países americanos, hasta que progresivamente se dictaron distintas normas reglamentarias de este nuevo proceso judicial, primero la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. N° 12/2016) y luego los Tribunales Superiores de Justicia hicieron lo propio (Anexo del Ac. N° 1499/A/2018) dando lugar al nominado “Proceso Colectivo”.

A fin de que garantizar que todas las personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio se anoticien del proceso y evitar la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto, se instrumentó el Registro de Procesos Colectivos. Primero, en el propio ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. N° 32/2014), y luego, en la órbita de distintos tribunales del país, como es el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Ac. citado y Anexos). Finalmente, en virtud de la reforma introducida en la Ley 4915, la jurisdicción competente corresponde a las Cámaras Contencioso Administrativas, como una especie más de los procesos de amparo que involucren actos estatales.

En Córdoba, teniendo presente la tutela de los derechos colectivos comprometidos, transitan la jurisdicción especializada, los procesos ambientales, garantizando la intervención de los afectados, las asociaciones representativas e incluso de terceros interesados.

Desde la perspectiva de la tutela ambiental se avanza hacia la garantía de vigencia de los presupuestos mínimos establecidos en las normativas ambientales tanto nacional como provincial, aplicables al ámbito de actuación pública provincial.

También el Código Civil y comercial de la Nación ha incorporado explícitamente los derechos de incidencia colectiva “en general” al igual que los derechos individuales (art. 14) y el sistema de protección de esos bienes se complementa con los artículos 240 y 1737 del cuerpo legal.

Debe tenerse especialmente en cuenta, que la clave colectiva en las tres variantes descriptas solo se vincula a cuestiones que conciernen al ambiente, consumidores, usuarios de servicios públicos, competencia y discriminación. Las demás materias deben tramitarse por el proceso de amparo tradicional.

La complejidad que entraña una resolución en este tipo de procesos hace necesario incorporar la perspectiva constitucional tanto en lo que hace al proceso en sí -a fin de satisfacer las garantías procesales- como así también lo relativo a la división de poderes del Estado.

Por otra parte, en una línea más avanzada de estos procesos colectivos, se encuentran los llamados “procesos estructurales”, los que tal como los delimita Ricardo Lorenzetti, refieren a los pleitos cuyas decisiones judiciales trascienden el interés de las partes y están destinados a cambiar aspectos económicos, sociales o ambientales; es decir que producen un cambio en las estructuras de la organización institucional estatal⁴⁴.

Esos procesos, en clave colectiva, exigen una renovada visión protectora de los derechos involucrados y una intervención distinta del juez contencioso como director del proceso. En el escenario del conflicto judicial, el juez tiene un nuevo rol protagónico, proactivo y positivo, con el afán de paliar la situación de desigualdad producida ante derechos subjetivos reconocidos en la Constitución. La misión judicial es definir con claridad el problema, para poder afrontarlo y encontrar medios para gestionar su corrección, a través de la sentencia y su cumplimiento.

La sentencia judicial involucra cuestiones constitucionales, ordenándose medidas diferentes a un proceso tradicional reparador en términos patrimoniales únicamente. Las decisiones dictadas -a más de ordenar medidas de recomposición, restauración o disuasorias de la afectación, dentro del amplio abanico de decisiones innovativas y creativas que puede decidir el juez del proceso colectivo- en virtud del derecho comprometido, son susceptibles de involucrar políticas públicas y cuestiones regulatorias que exigen un pormenorizado análisis y estudio de la temática involucrada en el pleito. Ello debe ser así, con la finalidad de restringir al mínimo la vulneración de los derechos afectados. En esas condiciones, la decisión no es para el pasado, sino que tiene una necesaria proyección futura.

Se trata de procesos complejos, en donde no solo se problematizan los límites y alcances de las decisiones judiciales, sino también el nuevo rol del juzgador. Ade-

(44) LORENZETTI, Ricardo L. *Justicia Colectiva*, 2º Ed. Ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2017, pp. 12/13.

más, las características típicas del sistema dispositivo y el principio de congruencia, se ven modificadas en la búsqueda de lograr una verdadera tutela constitucional y convencional de los bienes superiores involucrados, que van más allá del caso concreto. A tal fin se deben tener en cuenta, especialmente, las directrices que principian el derecho público.

En el estadio actual de este tipo de procesos, la competencia de la jurisdicción especializada está definida, a diferencia de lo que ocurre en el orden federal⁴⁵.

Sin embargo, se estima que resultaría conveniente introducir serias reformas procesales que contemplen este tipo de pleitos complejos, más allá de las leyes de los presupuestos mínimos; además de la conveniencia de repensar el proceso judicial no sólo desde su estructura procedimental, sino también valorando la utilidad de reconfigurar el vínculo existente entre el Poder Judicial y el resto de los poderes (autoridades) del Estado a fin de promover una modificación en las situaciones críticas existentes, tratando de minimizar el máximo posible los grandes riesgos y daños en los bienes individuales y colectivos afectados, a partir de las propias acciones estatales.

VIII. Nuevas características del proceso contencioso administrativo en Córdoba con perspectiva constitucional

En la actualidad, el juez contencioso administrativo tiene en el contorno de su jurisdicción constitucional, una obligación adicional y reforzada, cual es, garantizar una actuación pronta e inmediata para que, despojado de formulismos rituales, pueda disponer diligentemente, en el ejercicio de las vías procesales del fuero, de todas las condiciones oportunas y necesarias para asegurar la garantía de tutela judicial efectiva, en su significación más amplia.

Esto es, tanto en la instancia cautelar, como en la instancia de admisión, durante la tramitación del proceso y en su conclusión definitiva a través del aseguramiento del cumplimiento de la decisión judicial dictada, por imperativos de los postulados constitucionales y convencionales que integran el bloque de juridicidad argentino.

Ahora bien, en el desarrollo jurisprudencial dado en ocasión de esta interpretación constitucional aplicada al proceso contencioso administrativo, se advierte que lejos de una aplicación legalista de las leyes que regula el desarrollo pleno de la jurisdicción de derecho público, la intervención del juez ha facilitado una modulación del proceso de conformidad a tales directrices constitucionales.

Así, por ejemplo, entre los distintos aspectos transcendentales que caracterizan al proceso del fuero, interpretar la ley de derecho público conforme a los textos cons-

(45) DÍAZ, Juan F. - LÓPEZ, José I. “La centralización de los pleitos colectivos contencioso administrativo federales y sus puntos críticos en materia de acceso a la justicia”, *RDA* 2018-120, 05/12/2018, 1131. Cita Online: AP/DOC/845/2018.

titucionales y convencionales, ha favorecido a través de la resolución de distintos casos judiciales, para: i) promover una interpretación amplia de la tutela cautelar a través del instituto de la suspensión de los efectos del acto administrativo; ii) garantizar el acceso a la jurisdicción, cuando se ejerce el control de admisibilidad de la demanda judicial sobre las condiciones procesales subjetivas, objetivas y temporales y en particular, en el análisis del agotamiento de la vía administrativa como condición ineludible (art. 178 CP); iii) morigerar el cumplimiento de la regla del *solve et repete* según las circunstancias patrimoniales concretas del contribuyente, antes de que la exigencia fuera derogada; iv) redefinir el alcance del carácter revisor del proceso que atiene a la pretensión subjetiva del justiciable antes que a la sola anulación del acto impugnado; v) admitir el cambio de nominatividad de la acción y en la posibilidad de reencausar una acción judicial; v) admitir la posibilidad de recalificar y reconducir un recurso interpuesto en contra de una sentencia, pese a su errónea articulación; vi) afianzar el cumplimiento efectivo de una sentencia condenatoria contra la Administración, según las distintas circunstancias y los supuestos previstos en la ley.

Esta redefinición del proceso y de los textos legales, alcanza también a los dispositivos que reglan el procedimiento administrativo, en tanto en su aplicación está implicado el acceso a la jurisdicción y la garantía de tutela judicial efectiva.

Estos criterios aplicativos, que procuran asegurar la tutela de los derechos constitucionales y convencionales, hoy perfilan el nuevo contenido del proceso contencioso administrativo en Córdoba, como jurisdicción especializada de control judicial de los actos de las autoridades públicas que debe proyectar sus efectos hacia los procesos constitucionales que competen a la jurisdicción.

IX. Conclusiones finales

Cuando el Estado omite su obligación constitucional de hacer efectivos los derechos reconocidos en la ley fundamental, generando una situación de vulneración, requiere la intervención del órgano judicial para que se garantice el derecho de defensa y la tutela de los derechos implicados en la situación.

La modificación introducida a la Ley 4915, vino a ratificar la existencia de una jurisdicción especializada en derecho público, al replantear la discusión en torno a la jurisdicción y la legislación, a la vez que, en la posibilidad que tienen los jueces a través de sus sentencias de crear derechos, como si se tratara de un legislador.

Desde esta nueva perspectiva, la razón de ser del contencioso administrativo en la actualidad se nutre de una perspectiva constitucional y convencional que tutela los bienes jurídicos comprometidos.

La atribución de competencia constitucional introducida es compatible con la garantía de juez natural en tales procesos y la existencia de una competencia especializada para ejercer el control de constitucionalidad de actos dictados por

autoridades públicas luce justificada en el diseño federal argentino y el ámbito de ejercicio de las competencias reglamentarias provinciales.

La asignación de una competencia especializada, en el contexto del ejercicio de las atribuciones provinciales según el diseño del sistema judicial argentino que deriva del sistema federal, luce justificada no sólo por la intervención de la Administración Pública en los asignados a la jurisdicción sino por el contenido de la materia discutida y la aplicación de un régimen de derecho público.

A partir de allí es posible entender la jurisdicción contencioso administrativa como una jurisdicción constitucional especializada. En definitiva, el juez de este fuero estará en mejor posición para llevar a cabo el control constitucional de los actos públicos estatales.

De este modo, se propone avanzar hacia una reinterpretación moderna del sistema judicial contencioso administrativo en Córdoba que concibe una justicia constitucional efectiva y eficaz, antes que reconocer la simple coexistencia de procesos constitucionales o una jurisdicción constitucional, tal como se ha implementado en otros modelos jurídicos.

X. Bibliografía

- ABERASTURY, Pedro. *La justicia administrativa*, 1º Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- ANTA, Carlos A. "Control de constitucionalidad. Derecho comparado", publicado en: *LA LEY* 05/01/2006, 1.
- BARONE, Lorenzo D. *Amparo en salud. Un análisis desde la jurisprudencia*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2021.
- CASSAGNE, Juan C. *Los grandes principios del derecho público, constitucional y administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- CASSAGNE, Juan C. *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.
- COVIELLO, Pedro José J. "¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso 'Ángel Estrada')", *ED*, 2005-429.
- DÍAZ, Juan F. - LÓPEZ, José I. "La centralización de los pleitos colectivos contencioso administrativo federales y sus puntos críticos en materia de acceso a la justicia", *RDA* 2018-120, 05/12/2018, 1131, Cita Online: AP/DOC/845/2018.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. "El derecho procesal constitucional y su configuración normativa", *Revista Foro de Córdoba* N° 160 - Año XXIII, Febrero 2013, p. 57.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Tratado de lo contencioso administrativo 2*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 2º Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. *Sentencias constitucionales. Teoría y práctica*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2021.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia Colectiva*, 2º Ed. Ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia - YUNYENT DE DUTARÌ, Patricia. *Acción de amparo en Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2016.
- PEYRANO, Jorge. "A propósito de la sustracción de materia", *JA* 1980 - III, 165.
- SAGÜÉS, Néstor P. "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 1 (2004), 151/170, 156.
- SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009.
- SAMMARTINO, P. M. *Amparo y Administración en el Estado Constitucional de Derecho*, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- SEGIN, Domingo J. "Nuevo remedio constitucional contra el abuso del poder informático, de los registros y de los bancos de datos: el *habeas data*", *Revista Semanario Jurídico*, T. 72-1995-A- 610.
- SEGIN, Domingo J. *El Derecho Administrativo en Reflexión*, RAP, Buenos Aires, 2011.
- SEGIN, Domingo - PISANI, Beatriz. *El Amparo por mora contra la Administración*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010.
- SOSA, Daniela S. "Principios generales del proceso contencioso administrativo en la Provincia de Córdoba", en Arévalo Jorge (Comp.). *Guías de estudio para el ingresante al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba 2018, pp. 249/288.
- ZARZA MENZAQUE, Alberto. "Garantías institucionales. *Habeas Data*. Amparo. Amparo por mora" en HERNANDEZ Antonio M. - BARRERA BUTELER, Guillermo E. (Coords.). *Derecho Público Provincial*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 358.

EXTENSIÓN MODAL EN LA DONACIÓN

MODAL EXTENSION IN DONATION*

*Alejandro Enrique Freytes***

Resumen: Las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación sobre las donaciones modales y su revocación por incumplimiento del cargo generan interesantes y aún no extinguidas cavilaciones doctrinarias y jurisprudenciales. La más acusada y preocupante es la relativa al carácter perpetuo o temporal que debe asignársele al cargo si no se ha convenido un plazo de consumación. El asunto está íntimamente relacionado a los vínculos perpetuos, a la necesidad de liberar al donatario luego de un plazo razonable, y a impedir que el donante pueda dejar sin efecto el acto si el beneficiario quebranta el modo.

Palabras clave: Donación - Cargo - Extensión.

Abstract: The provisions of the National Civil and Commercial Code on modal donations and their revocation for non-compliance with the position generate interesting and still not extinguished doctrinal and jurisprudential musings. The most pronounced and worrying is that related to the perpetual or temporary nature that must be assigned to the position if a completion period has not been agreed upon. The issue is closely related to perpetual ties, to the need to release the donee after a reasonable period of time, and to prevent the donor from being able to annul the act if the beneficiary breaks the manner.

Keywords: Donation - Position - Extension.

Sumario: I. Concepto de donación. II. Donación con cargo. III. Cumplimiento del cargo. IV. Revocación por incumplimiento del cargo. V. Conclusión.

* Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2023 y aprobado el 15 de octubre del mismo año.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho Notarial por la Universidad Notarial Argentina. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Profesor Titular Ordinario de Derecho Privado III en la UNC y Derecho Civil III y Notarial II en la Universidad Blas Pascal. Ex Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Concepto de donación

La donación es uno de esos conceptos fáciles de comprender en su esencia, pero difíciles de delinear en sus contornos precisos¹.

La dificultad arranca de la todavía hoy inacabada tarea de dar a este instituto un lugar quieto y seguro en el concierto de la sistemática jurídica².

Este paradigma de los negocios gratuitos, entraña un *quid* complejo pues no todo acto gratuito supone una donación³. No lo son ni los actos de última voluntad ni las liberalidades que no respeten los elementos esenciales que delinear la figura: la obligación de transferir por actos entre vivos y gratuitamente la propiedad de una cosa.

Esa transmisión *inter vivos*⁴ de cosas muebles o inmuebles que el donante realiza en favor del donatario sin recibir ninguna compensación a cambio, y solo animado por su intención altruista de beneficiarlo, presenta aristas complejas de configuración, más aún cuando un pacto expreso altera sus efectos naturales previstos en el ordenamiento.

Su origen etimológico adelanta su caracterización: *donis datio*, esto es, dación gratuita, según la expresión de Paulo en el Digesto, aludiendo a una liberalidad proporcionada sin contraprestación alguna⁵.

En el Derecho Romano clásico, la donación no constituyó un negocio jurídico especial, obediente a un régimen propio o típico. Antes bien, representaba una *causa* general de adquisición de derechos, el fundamento de un desplazamiento patrimonial, pero nada más⁶.

Recién comenzó a perfilarse como instituto autónomo cuando la *Lex Cincia* del 204 a. de C. estableció un régimen de prohibiciones, vedando aquellas que sobrepasaran de cierta cuantía -cuyo monto no conocemos- salvo que se tratara de las hechas a determinadas personas: los *cognati* hasta el quinto grado, del sexto los sobrinos, cónyuges y novios, algunos afines, como los suegros, padrinos e hijastros, el patrono

(1) BORDA, A. *Derecho Civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 817.

(2) IGLESIAS, J. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel Derecho, Buenos Aires, 1958, p. 724 y ss.

(3) BORDA, G. *Manual de Contratos*, 13º edición, Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 667; PUIG PEÑA, J. "Donación", *Nueva Enciclopedia Española*, Tomo VII, p. 798; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, 2da. edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 67; COMPAGNUCCI DE CASO, R. "Naturaleza de la Donación", *LL*, 1997-B-1394, entre muchos otros.

(4) Véase CNCiv., Sala F, 31-III-93 en *LL*, 1993-III-176, donde se pone de especial resalto que para nuestra legislación la donación es siempre un acto entre vivos, pues las disposiciones gratuitas para después de la muerte, exigen el testamento. Por todos, BORDA, G. *Manual...*, Ob. Cit., p. 667.

(5) Paulo en el Digesto, libro 39, título VI, fragmento 35; XIRAU, "Estudios sobre el concepto de donación", *Reg. Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 143, p. 38.

(6) IGLESIAS, J. *Derecho Romano...*, Ob. Cit. p. 725.

cuando le donaba al esclavo o al liberto, y el pupilo favorecido por el tutor. Pero la *Cincia* fue una ley *imperfecta*, pues prohibió las donaciones *ultra modum* en favor de personas no exceptuadas, pero no declaró su nulidad ni impuso una sanción a los contraventores. El derecho pretorio, la jurisprudencia y la legislación imperial fijaron tiempo después, las consecuencias de la infracción, estimando que solo era perfecta e inatacable, la donación en la que hubiere mediado entrega de la cosa, o al menos, la aceptación.

En el derecho posclásico la *Lex Cincia* cayó en desuso. Constantino sujetó las donaciones a una nueva disciplina, la *insinuación*, esto es, su instrumentalización ante funcionarios competentes, requisito que daba una forma peculiar al negocio y el carácter de un acto típico y autónomo. Tiempo después Justiniano exigió la insinuación para las donaciones superiores a 500 sueldos, las que desbordaban ese monto y no estaban insinuadas, se declaraban nulas por el exceso. Era un modo de evitar el abuso de las donaciones inoficiosas en beneficio del acervo familiar destinado a la prole. Sin embargo, no se requería insinuación a las donaciones hechas al emperador o por el emperador, las destinadas a fines píos, al rescate de los prisioneros, y a la constitución de dote⁷.

La vieja controversia por la calificación de la donación como simple “acto” o como genuino “contrato”, fue encendida en otras épocas debido a nociones legales no siempre claras y precisas al momento de definirla⁸.

Francia. El C. Civil francés de 1804 que legisla en su libro III sobre las diferentes maneras de adquirir la propiedad -rescatando la tradición romana- dedica el título I a las sucesiones y el II “a las donaciones entre vivos y los testamentos”⁹, por lo que la figura aparece mezclada con las disposiciones de última voluntad. Se ha sostenido que este discutible método respondió a la idea de Napoleón de que solo los bilaterales cabían en el molde contractual porque generan obligaciones para ambas partes.

Por esta razón, algunos juristas franceses ubicaron a las donaciones entre las liberalidades ajenas a los contratos. Sin embargo, como bien aclararon tiempo después los hermanos Mazeaud, para asegurar la eficacia de esos actos es necesaria la con-

(7) IGLESIAS, J. *Derecho Romano...*, Ob. Cit. p. 727 y ss.; MAYNZ C. *Curso de Derecho Romano*, Marcelino Bordoy Editor, Buenos Aires, 1913, Tomo II, p. 423 y ss.; PEÑÁ GUZMAN, L. - ARGUELLO, L. *Derecho Romano*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, p. 370 y ss.

(8) Entre los Códigos latinoamericanos resulta especialmente atrayente el de Puerto Rico que califica a la donación como un acto de liberalidad (art. 558) e incluso admite que puede hacerse entre vivos o por causa de muerte (art. 559), disponiendo que en el segundo caso se rige por las disposiciones testamentarias (art. 562) y en el primero por la de los contratos (art. 563), y en este último, se perfecciona “desde que el donante conoce la aceptación del donatario”.

(9) Este temperamento es seguido entre otros por el Código Civil de la República Dominicana (arts. 893), requiriendo en el caso de la donación aceptación expresa del donatario (art. 894).

cordancia de voluntades entre el disponente que se empobrece y el beneficiario que se enriquece, y ese concurso de voluntades supone inexorablemente un contrato¹⁰.

España. El temperamento que descarta el carácter contractual y ve en la donación un simple acto también encuentra encendidos defensores en el derecho español pues el C. Civil -siguiendo al francés- la ubica entre las diversas formas de adquirir la propiedad y no entre los contratos.

Puig Brutau defendiendo esta postura advierte que no toda aceptación lo es siempre de una oferta contractual, que la recepción de un beneficio ha de ser consentida, y que el art. 618 del C. Civil español al definirla alude, al *acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que lo acepta sin requerir la tradición*¹¹.

Sin embargo, actualmente la doctrina española mayoritaria decanta por la naturaleza contractual, por ejemplo De Diego¹², recordando que el C. Civil dispone en el art. 621 que *las donaciones se regirán por las disposiciones generales de los contratos* y en el art. 629 que *la donación no obliga al donante, ni produce efectos, sino desde la aceptación*, o Albaladejo García que con toda contundencia expresa: *“Aunque algunos lo nieguen, en el sistema del C. Civil la donación es un contrato aunque la definición lo califique solo de acto”*¹³.

Alemania. Larenz¹⁴ sostiene que no todas las atribuciones a título gratuito deben quedar subsumidas en la donación, por cuanto ésta persigue esencialmente la enajenación, participando en ese aspecto de notas propias de los negocios onerosos, que en definitiva persiguen idéntica finalidad, como ocurre con la compraventa o la permuta. Lo acompaña Hedemann¹⁵, quien ratifica que la donación ha sido concebida en el derecho germano como un contrato, por lo que la liberalidad unilateral del donante no es eficaz si no presenta la correlativa aceptación del beneficiario.

(10) MAZEAUD, H., L. y J. *Lecciones de Derecho Civil*, traducción de Alcalá Zamora, Ejea, Buenos Aires, 1959, Parte IV, Volumen III, p. 277; RIPERT, G. - BOULANGER, J. *Tratado de Derecho Civil*, según el Tratado de Planiol, traducción de García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1987, Tomo XI, p. 19.

(11) DE LOS MOZOS, J. “La Donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica”, *RDP*, 1977-803.

(12) DE DIEGO, F. *Instituciones de Derecho Civil Español*, Nueva edición revisada por De Cossio y A. Guillón Ballesteros, editorial J. San Martín, Madrid, 1959, Tomo II, p. 242.

(13) ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil - Derecho de las Obligaciones*, 4ta edición, Bosch, Barcelona, 1977, Tomo II, Volumen II, p. 102.

(14) LARENZ, K. *Derecho de las Obligaciones*, traducción de Jaime Santos Briz, RDP, Madrid, 1959, Tomo II, p. 174.

(15) HEDEMANN, J. *Tratado de Derecho Civil (Lehmann-Hedemann)*, *Derecho de las Obligaciones*, traducción de Jaime Santos Briz, RDP, Madrid, 1958, Tomo III, p. 284.

Italia. La legislación italiana no deja flancos para la discusión, pues el art. 769 del *Codice Civile* define a la donación como “*el contrato por el cual, por espíritu de liberalidad una parte enriquece a otra, disponiendo a su favor de un derecho suyo o asumiendo una obligación*”. Para reafirmar aún más el carácter contractual, el art. 782 no solo exige la aceptación del donatario, sino incluso la notificación de la aceptación al donante, admitiendo el derecho de ambos a revocar su declaración antes que la donación se perfeccione¹⁶.

El C. Civil de Vélez Sarsfield definió al negocio en su art. 1789, afirmando que *habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos, transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra la propiedad de una cosa.*

Como la norma aludía a un “acto” entre vivos, y su nota mencionaba como precedente el art. 894 del C. Civil francés, muchos creyeron ver aquí un apoyo de Vélez al Código Napoleón.

Sin embargo, en el art. 1792 el Codificador reafirmo con toda contundencia *que para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada.* Y por si ello no fuera bastante, en la nota a esa norma expresó que *la aceptación de la donación no es otra cosa que el consentimiento en el contrato por parte del donatario, consentimiento que está sometido a las reglas generales de los contratos, y, recordando el Proemio de la Partida V de Alfonso X el Sabio, concluyó que la aceptación del donatario, en cuanto ella constituye su consentimiento, no es una condición de forma sino parte esencial de la sustancia misma de la convención.*

Pese a tan evidente postura, autores como López de Zavalía pretendieron distinguir la “donación-acto” abarcativa del contrato de donación y de otros actos asimilables como la cesión gratuita de derechos y la renuncia gratuita, de la “donación-atribución” que supone el enriquecimiento del donatario y el correlativo empobrecimiento del donante, generados por la donación-acto. Léida con deteni-

(16) GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, “La Donazione”, Volume I, Cedan, Casa Editrice A. Milano, Padova, 2009, p. 771 y ss., afirma que es un contrato, a diferencia del testamento que es unilateral, aunque hay algunas donaciones que excepcionalmente pueden tener ese carácter como las hechas en resguardo del matrimonio entre los futuros cónyuges y que se perfeccionan sin necesidad de aceptación, consumadas por el sucesivo matrimonio (art. 785), pierden sus efectos si este se declara nulo, dejando a salvo los derechos de terceros, también tienen este carácter las hechas a favor de los hijos por nacer; MESSINEO, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1955, Tomo V, p. 5 define a la donación como “*un contrato en virtud del cual una de las partes (donante) por espíritu de liberalidad, y por tanto espontáneamente, procura a la otra (donatario) un enriquecimiento (ventaja patrimonial), transfiriéndole un propio derecho, constituyéndole un derecho, renunciando un derecho a favor de ella, o asumiendo en su favor una obligación (de dar, hacer o no hacer).* Un pormenorizado análisis doctrinario acerca de la naturaleza eminentemente contractual de la donación en la legislación italiana puede consultarse en BIONDI, B. Voz “Donazione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Editrice Torinese, Tomo VI, 3za edizione, Torino, 1957, p. 233 y ss; CASULLI, V. Voz “Donazione”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1964, Tomo XIII, p. 966 ss, en especial fs. 973 donde se expresa con toda claridad que “la donación no es perfecta si no es aceptada por el donatario”.

miento¹⁷, se advierte una tesis por demás compleja e irreversiblemente enfrentada a la clara posición del Codificador de 1871.

Sin duda que una interpretación literal del art. 1789 de Vélez autorizaba a considerar a la donación como un simple acto de libre disposición en provecho de un tercero¹⁸, concepto que incluye a muchos otros como el mutuo sin intereses, la remisión de una deuda, la prescripción liberatoria o la cancelación de una obligación natural¹⁹. Todos ellos trasuntan en verdad actos gratuitos en provecho del beneficiario, pero en realidad, no constituyen verdaderas donaciones, al menos en el sentido y con el alcance que es dable asignar al concepto en nuestro sistema legal²⁰.

El C. *Civil y Comercial* de 2015 ha definido la figura en el art. 1542 señalando que *hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y esta lo acepta*, con una fórmula similar a la que prevé para la compraventa (art. 1123) y para la permuta (art. 1172) textos meramente descriptivos que no fijan su naturaleza convencional a diferencia de lo ocurrido con las nociones del suministro (art. 1176), la locación de cosas (art. 1187), el leasing (art. 1227) o el contrato de obra (art. 1251).

Aunque art. 1542 prescindió de utilizar el vocablo acto, tampoco se ha referido concretamente a la donación como un contrato, cifrando su noción en la obligación del donante, aunque resaltando la aceptación del donatario, lo que permite despejar la controversia.

En realidad, en nuestro ordenamiento positivo nunca fue posible contradecir seriamente que se trata de una figura convencional. Surgía palmario del análisis íntegro Título VIII de la Sección III del Libro II de Vélez, y continúa siendo evidente ahora si se revisan detenidamente las normas contenidas en el Capítulo 22

(17) LOPEZ DE ZAVALIA, F. *Teoría de los Contratos, Parte General*, 3ra edición, Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1984, Tomo II, Parte Especial (I), p. 370 y ss.

(18) Pueden consultarse con provecho los ejemplos que brinda COMPAGNUCCI DE CASO, R. "Naturaleza..." Ob. Cit., p. 1398 y ss.

(19) SPOTA, A. *Instituciones de Derecho Civil-Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1982, Tomo VIII, p. 298 y ss. sostiene que todo enriquecimiento patrimonial que se efectúa con sacrificio del propio patrimonio y con ánimo de beneficiar al enriquecido, implica una donación, y en este amplísimo espectro incluye a la renuncia de los derechos, la entrega del usufructo o nuda propiedad, la servidumbre, el uso o habitación gratuita, etc. Cfr. CASULLI V. Voz "Donazione" en *Enciclopedia...*, Ob. Cit., p. 966 y ss., quien resalta que los actos liberales que se adaptan a pautas generales o de comportamiento, usos o buena conducta social, como los regalos para bodas o cumpleaños, el albergue desinteresado a un amigo, o una invitación a cenar, no entrañan en realidad verdaderas donaciones.

(20) Con razón apunta MESSINEO, F. *Derecho Civil...*, Ob. Cit., p. 11: "La importancia política de la distinción entre donación (en sentido estricto) y otras figuras de negocios a título gratuito reside en la no aplicación de algunas normas rigurosas propias de la donación (cargas de forma, revocación, reducción por lesión a la legítima, etc.)".

del Título IV del Libro III del CCCN. Este aserto está sustentado al menos en dos razones fundamentales²¹:

La primera, en el art 1545 exige la aceptación para su configuración, admitiendo que *puede ser expresa o tácita, de interpretación restrictiva y sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones*, y precisando, además, que ella *ha de producirse en vida del donante y del donatario*.

Así, la aceptación -como lo era en el texto abrogado- continúa siendo un recaudo imprescindible, pues nadie puede ser obligado a recibir una cosa, aunque la dación fuere gratuita, pues podría serle perjudicial su recepción, por caso, drogas prohibidas, un objeto demasiado oneroso para conservar, o algún otro que sencillamente el beneficiario no tuviere interés en recibir.

La aceptación expresa o tácita puede verificarse coetáneamente con la oferta, o en tiempo posterior, pero es indispensable que el encuentro de voluntades se produzca estando vivas las dos partes. El CCCN superó así la diferenciación que contenía el C. de Vélez que admitía que, *si el donante moría antes de la aceptación del donatario, podía este sin embargo aceptarla y los herederos del donante estaban obligados a entregar la cosa donada, pero si moría el donatario antes de aceptar la donación, quedaba esta sin efecto, y sus herederos nada podían pedir al donante* (arts. 1795 y 1796 CC).

Para reafirmar la necesidad de la pervivencia de ambos al tiempo del perfeccionamiento, el art. 1546 expresa claramente que *están prohibidas las donaciones hechas bajo condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante*.

La segunda razón de su carácter contractual estriba en que la revocación, cuyas causales taxativas prevén los arts. 1569 y ss. (incumplimiento de los cargos, ingratitud del donatario y supernacencia de hijos al donante) y la reducción por inoficiosidad (art. 1565), están reguladas según estrictas reglas de procedencia, y acotados efectos, y se revelan como consecuencias inherentes a una figura contractual, ajenas a un acto unilateral²². La revocación por ingratitud es la indignada reacción del donante frente

(21) CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, 10ma. edición, Rius, Madrid, 1977, Tomo V, p. 205; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo II, Volumen II, 2da edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 67; DE LOS MOZOS, J., "La donación...", Ob. Cit., p. 803 y ss; MALDONADO GARCIA, G. *Derecho Civil-Derecho de las Obligaciones*, 4ta. edición, Bosch, Barcelona, 1977, Tomo II, Volumen II, p. 103; LARENZ, K., *Derecho de las Obligaciones*, traducción de Jaime Santos Briz, RDP, Madrid, 1959, Tomo II, p. 174; los hermanos MAZZEAU, H. L. et J., *Lecciones...*, Ob. Cit., p. 277. Es también la opinión de Freitas, que califica a la donación como un negocio "que obliga a una parte a entregar gratuitamente a otra la propiedad de una cosa, con aceptación expresa del donatario" (art. 2119 y 2122, inc. 6to a *contrario sensu* y art. 2151 regulando las donaciones que deben realizarse por escritura pública: de inmuebles, remuneratorias, con cargo, entre esposos, para después de la muerte, etc.), véase FREITAS, A.T. *Proyecto de Código Civil*, traducción de Arturo Pons, Editora Revista Nacional, Buenos Aires, 1901, Tomo 2, p. 789 y ss.

(22) MESSINEO, F. *Derecho Civil...*, Ob. Cit., p. 7, sostiene con agudeza que la irrevocabilidad por la sola voluntad del donante revela el carácter contractual de la donación, que siempre tiene fuerza obligatoria y constituye un dar y recibir definitivos.

un donatario innoble; la revocación por incumplimiento de los cargos, la respuesta a una contraprestación accesoria insatisfecha; en fin, la tacha de inoficiosidad, una medida de protección a la legítima de los herederos forzosos ejercida mediante la acción de reducción o colación.

Todas estas vicisitudes resuelven retroactivamente las donaciones celebradas²³, de modo total en los supuestos de revocación y de modo parcial en la medida y proporción en que excedan la cuota disponible, en los casos de inoficiosidad. En definitiva, son modos extintivos contractuales que revelan que el “acuerdo” que entraña la donación nació sujeto a la condición implícita o expresa que no se verifiquen esos hechos claudicantes.

II. Donación con cargo

La sección 3ra. del citado capítulo 22 regula las clases de donaciones, variantes que presentan alteraciones en los efectos normales del negocio en su versión pura y simple: son las mutuas, remuneratorias, inoficiosas y con cargo. Nos interesan las últimas.

La donación puede tener anejo un cargo impuesto al beneficiario para limitar o restringir su derecho sobre la cosa donada. Resulta un elemento relevante que modifica el contenido de la voluntad del donante y ha sido aceptado por el donatario sujeto a cumplir la obligación accesoria convenida²⁴.

En la nota al art. 558 Vélez advirtió que son equivalentes “cargo” y “modo” y transcribió la definición del romanista Mackeldey: *“Entiéndase por modo toda disposición onerosa por medio de cual el que quiere mejorar a otro, limita su promesa exigiendo de él y obligándole a una prestación en cambio de lo que recibe (...). El modo puede existir lo mismo en los actos de beneficencia que en los de título oneroso; pero es de advertir que en los primeros tiene el donador en los casos que no se ejecute el modo, la elección de intentar su acción, bien sea para la ejecución del modo, o para la restitución de lo que ha dado, mientras que en los segundos, se limita su acción a pedir la ejecución del modo (...)”*²⁵.

(23) Sobre la naturaleza jurídica de las acciones derivadas de estas vicisitudes, pueden verse con provecho: FORNIELES, S. *Tratado de las Sucesiones*, 4ta edición, Buenos Aires, Tea, 1958, Tomo II, p. 117/8; DE GASPERI, L. *Tratado de derecho hereditario*, Buenos Aires, Tea, 1953, Tomo III, p. 456 y ss; MAFFIA, J. *Tratado de las sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1982, Tomo II, p. 542; ZANNONI, E. *Derecho de las sucesiones*, 4ta edición, Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, p. 192 y ss.; NATALE, R. *La acción de Reducción*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Premio Dalmacio Vélez Sarsfield Tesis Sobresalientes, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 244 y ss y abundante doctrina allí citada.

(24) MESSINEO, F. *Doctrina general del contrato*, traducción de Roberto Fontanarrosa, Santis Melendo y Mario Volterra, con notas del derecho argentino de Vittorio Neppi, Ejea, Buenos Aires 1952, Tomo I, p. 216, número 14.

(25) TORRALBA SORIANO, O.V. *El modo en el derecho civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1967, p. 251, en el derecho español define a la donación modal como aquella en la que el donante, guiado

En la donación modal al donante lo impulsa el *ánimo de liberalidad*, característico de este negocio, pero al mismo tiempo un *especial motivo*, configurado por la aplicación que desea se dé a la cosa donada o por alguna obligación accesoria que impone al donatario, aspectos que ya estaban desarrollados en el Derecho Romano exigiendo que el gravamen no igualara y menos aún superara al valor de la cosa donada²⁶ y en la Ley 2 del título 4to. de la Partida IV de Alfonso X El Sabio.

Como ese elemento que se agrega a la donación crea entre las partes un lazo obligatorio, ya el derecho romano concedía al donador la facultad de perseguir forzosamente el *modus* por medio de la *actio prescriptis verbis* y de repetir la cosa donada por incumplimiento del *modus* a través de la *conditio causa data causa non secuta*.

Al carácter netamente crediticio del cargo lo preciso Vélez en la referida nota al art. 558 cuando expresa: (...) *es preciso no confundir al modo con aquellas declaraciones de voluntad que no encierran una obligación jurídica, sino meros consejos (...). Para admitir una obligación son necesarias circunstancias particulares que hagan verosímil la voluntad de imponerla.*

Esas eventuales obligaciones que pueden insertarse en el acuerdo no desnaturalizan el negocio, que continúa siendo gratuito, caracterizado por el *animus donandi* que impulsa al benefactor. El cargo es solo un accidente, un plus accesorio que supone un límite a la liberalidad o un gravamen que pesa sobre ella²⁷. Deben ser serios -por cuanto nadie puede ser obligado a cumplir prestaciones descabelladas, estériles o ridículas- lícitos, posibles, entrañar hechos que puedan preverse como condición (art. 357), y tratándose de una obligación accesoria, deben sujetarse a las mismas exigencias formales y probatorias que se imponen a la donación a la que acceden²⁸.

Estas imposiciones no constituyen una verdadera contraprestación a la cosa recibida gratuitamente, ni convierten al negocio en sinalagmático, pero hacen mudar el régimen aplicable: en la medida del cargo el contrato es oneroso; en el resto, gratuito, convirtiendo al negocio en mixto (art. 1564). En su porción onerosa los efectos serán los propios de estos tipos negociales (evicción, vicios redhibitorios, inoficiosidad, etc.), en la gratuita, los naturales de los actos de liberalidad.

por un espíritu de liberalidad e impulsado también por algún especial motivo, se empobrece a favor del donatario, al que impone una carga u obligación de dar a lo recibido determinada aplicación o destinarlo a algún fin específico, sin que en ningún caso estos gravámenes de valor inferior al objeto donado, tengan el carácter de prestaciones equivalentes.

(26) PENA GUZMAN, L. - ARGUELLO, L. *Derecho Romano*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, p. 377 y ss.

(27) JEREZ DELGADO, C. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. La acción de rescisión por fraude de acreedores*, Madrid, 1995, p. 195.

(28) Si el cargo fuere imposible o ilícito desde su origen o se volviera tal durante su vigencia pactada o sobreentendida, tampoco se estará obligado a cumplirlo, quedando liberado el donatario. Cfr. STS Español Sala Primera, 12 de noviembre de 1990, Ponente Jaime Santos Briz.

Según el art. 1562: “Los cargos pueden establecerse a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o al destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones. Si el cargo se ha estipulado a favor de un tercero, este, el donante y sus herederos, pueden demandar su ejecución, pero solo el donante y sus herederos podrán revocar la donación por incumplimiento del cargo. Si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el contrato tiene derecho a reclamar del donante, o en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario”.

Para el cargo impuesto en beneficio de un tercero, el art. 1829 del C. de Vélez reconocía legitimación al tercero beneficiario para peticionar su cumplimiento, pero en esos mismos casos se la vedaba al donante y a sus herederos que solo podían pedir revocación, es decir, podían lo más pero no lo menos, seguramente porque el donante en estos supuestos carece de interés directo en el cargo impuesto en favor del tercero. La adecuación propiciada por el nuevo ordenamiento, es conteste con el régimen general de la estipulación a favor de terceros regulada en el art. 1027 y siguientes del CCCN.

El CCCN ha previsto que *el cargo no impide los efectos del acto excepto que su cumplimiento se haya previsto como condición suspensiva, ni los resuelve excepto que su incumplimiento se haya previsto como condición resolutoria y en caso de duda, se entiende que tal condición no existe* (art. 354).

De allí que si hubiere dudas acerca de si la obligación accesoria impuesta al donatario supone un cargo o una condición, se juzgara que se trata de un mero modo, por resultar la solución más favorable al beneficiario²⁹.

El Máximo Tribunal ha sostenido que la imposición de cargos a la donación no importa convertir a estos en una condición resolutoria, pues ambas cláusulas coexisten: el cargo imponiendo la obligación de realizar u omitir un hecho, y la condición implícita previendo la resolución del contrato cuando el obligado proceda de modo inverso³⁰. Aunque en verdad, la facultad de resolver no emerge de una condición implícita sino de la facultad que la ley otorga al donante y sus herederos para revocar en caso de incumplimiento, dando un carácter *sui generis* a la obligación accesoria que supone el cargo.

(29) CIFUENTES, S. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, 4ta edición, Astrea, Buenos Aires, 1999; GRAFEUILLE, C. *Comentario al art. 354 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Julio César RIVERA- Graciela MEDINA (directores), Mariano ESPER (coordinador), La Ley, 2da reimpresión, Buenos Aires, 2015, p. 793 y ss.

(30) CSJN, 11-4/1996, LL, 1997-E, 700; CSJN, 5/11/2002, LL, 2003-C, 201.

Por ello, y como se ha dicho con acierto, la sanción prevista para el caso de incumplimiento del cargo no es la ineficacia automática de la donación, sino la posibilidad de revocarla³¹.

Una ajustada sistemática debe entonces diferenciar la *condición resolutoria expresa* que puede articularse en la donación por incumplimiento de una obligación accesoria, que opera de pleno derecho, con efectos retroactivos, e incluso tiene efectos reales desde la sanción del CCCN (art. 1968) convirtiendo al dominio transferido al donatario en revocable (art. 1965), del *cargo o modo* en su genuina versión, que es siempre una obligación accesoria y no produce aquellas consecuencias ni siquiera aun incumplido, pues para producir la extinción del negocio por revocación, requiere una manifestación expresa del donante o sus herederos encaminada a revocar, debe ser declarada por el juez competente, y tiene efectos desde la mora del obligado³².

Es que la condición (art. 343 y ss.) y el cargo (art. 354 y ss.) se han regulado en el CCCN -como en el anterior ordenamiento-, como modalidades de los actos jurídicos en general independientes y autónomos, con perfil, caracterización y efectos propios para cada uno de ellos.

Repárese que la primera supone una cláusula por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto, mientras el modo, solo entraña una obligación accesoria aneja a la donación, que es cierta y efectiva y por tanto no implica la incerteza propia de la condición³³.

Esa naturaleza tan singular y excepcional del cargo, se advierte incluso en la responsabilidad del donatario por su cumplimiento, pues *el donatario solo responde por el cumplimiento de los cargos con la cosa donada y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo y queda liberado si la cosa ha perecido sin su culpa. Puede sustraerse de esa responsabilidad restituyendo la cosa donada o su valor si ello es imposible* (art. 1563). Tamaña excepción al derecho de las obligaciones y a la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, saca al contrato de la esfera de los negocios e intereses patrimoniales y lo eleva a la satisfacción de fines superiores que solo el

(31) GRAMUNT FOMBENA, M. *Reflexiones en torno a la revocación de la donación*, Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Tomo I, Murcia, 2004, p. 2213. En ese sentido el Consejo Deliberante de la ciudad de Río Tercero, Provincia de Córdoba, por Ordenanza 4552/2022 dona al Club Vecinos Unidos, Social y Deportivo un predio de su propiedad con el cargo perpetuo de destinar exclusivamente el inmueble para actividades deportivas y sociales de la institución y lo declara intransferible a favor de terceros por cualquier título, pudiendo la municipalidad revocar la donación de pleno derecho en caso de incumplimiento.

(32) DE FUENMAYOR CHAMPIN, A. *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de investigaciones científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1941, p. 82 y ss.

(33) En contra, COMPAGNUCCI DE CASO, R. *Contrato de donación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 277, admitiendo que el incumplimiento del cargo tiene en la donación características y efectos que lo transforman en un "cargo resolutorio", aunque en estos casos es posible reclamar tanto el propio cumplimiento que es consecuencia natural o la revocación como efecto anormal.

donante, y excepcionalmente sus herederos³⁴ pueden meritar para resolver sobre la revocación de la donación.

III. Cumplimiento del cargo

La obligación accesoria impuesta por el donante puede o no tener plazo de exigibilidad. Y también puede tener o carecer de plazo de extensión, máxime si este se fijó periódico, continuo o permanente. La naturaleza de la carga estará directamente relacionada con esa previsión y en especial con el interés del donante.

I. En cuanto a la *exigibilidad* el C. de Vélez fijaba un parámetro para el plazo de cumplimiento del cargo en el art. 541, indicando que *sino hubiere termino fijado, la condición deberá cumplirse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debía cumplirse*, y en el art. 561 que establecía que, *sino hubiere plazo para cumplir los cargos, deberán cumplirse en el plazo que el juez señale*.

Así, con el anterior régimen se entendía que el plazo se cumpliría en el tiempo en que las partes quisieron y durante el tiempo que ellas entendieron que debía satisfacerse, dejando al juez la posibilidad de determinar el plazo de exigibilidad en caso de silencio en la convención.

El CCCN al regular el cargo como modalidad propia de los actos jurídicos en general en el art. 355 alude al “*tiempo de cumplimiento*” y remite a los art. 350 y al 351 que disponen que *la exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo, que el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, a no ser que por la naturaleza del acto o por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto a favor del acreedor o de ambas partes*.

Desde luego el vencimiento de un plazo puede presentar diversas modalidades y para determinarlo es preciso acudir a las normas vinculadas al tiempo del pago y a las que regulan la mora. Como se ha dicho con acierto, si bien el art. 355 del CCCN ratifica en lo esencial la doctrina sentada por los arts. 561 y 751 del C. de Vélez, recurre a la necesaria coordinación entre las especies de plazo, el régimen de la mora y el plazo general de prescripción, según lo indican de los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación³⁵.

De allí se infiere que cuando las partes contratantes fijan un plazo *determinado* para el cumplimiento del cargo, este debe satisfacerse al tiempo de su vencimiento (art. 871 inc. b). La situación no presenta dudas, la constitución en mora es automática (art. 886), y teniendo en cuenta que el inicio del plazo de prescripción comienza el

(34) LAMBER, R. *Donaciones*, primera reimpresión, Astrea, Buenos Aires 2011, p. 414.

(35) GRAFEUILLE, C. “Comentario a modalidades de los actos jurídicos” en RIVERA, Julio Cesar -MEDINA, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

día en que la prestación se torna exigible (art. 2554), el plazo fenece a los cinco años del vencimiento del término acordado (art. 2560).

En cambio, cuando el plazo es *tácito*, el pago debe hacerse en el tiempo en que según la naturaleza y circunstancias de la obligación deba cumplirse (art. 871 inc. c).

Como se trata de una excepción a la regla de la mora automática (art. 887 inc. a) la constitución en mora del deudor requiere de la interpelación previa del acreedor, aunque la norma alude a que el vencimiento opera *en la fecha en que, conforme a los usos y la buena fe, debe cumplirse*, en una expresión poco feliz que no guarda relación con la que proponía el Anteproyecto que requería la interpelación previa, recaudo ineluctable pues se trata de una excepción al régimen de la mora automática³⁶. La necesidad de la interpelación previa para la constitución en mora del donatario si el plazo es *tácito* ha sido reiteradamente exigida por la CSJN e incluso por Corte Suprema de Justicia de Santa Fe³⁷.

Finalmente, si el plazo fuere *indeterminado*, es decir sino hubiere plazo, se deberá cumplir en el tiempo que fije el juez a petición de parte y en procedimiento sumario (art. 871 inc. d). En este supuesto el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación accesoria. Conforme el art. 2559 *in fine* el plazo de prescripción para deducir *la acción para la fijación judicial del plazo se computa desde la celebración del acto. Si prescribe esta acción prescribe también la de cumplimiento*.

Exigible el cargo conforme los distintos supuestos mencionados, resulta expedita la acción de cumplimiento del cargo y paralelamente la acción de revocación de la donación. A ambas hipótesis corresponde aplicar el plazo quinquenal del art. 2560 por cuanto no existe plazo específico de prescripción para obligación de las cargas impuestas al donatario.

Mientras el obligado satisface el cargo, su dominio permanece inalteradamente revocable, pero cumplido el cargo o vencido el plazo quinquenal sin reclamo de cumplimiento se consolida el dominio perfecto del donatario y ya no podrá demandarse la revocación.

II. En cuanto a su *extensión* la obligación accesoria puede tener un término de cumplimiento, pero si careciera de él, el problema es complejo si ese plazo no puede determinarse por la naturaleza del cargo, o está referido al destino o uso que debe dársele a la cosa donada. ¿Podría sostenerse válidamente que el cargo tiene carácter permanente, indefinido o incluso, perpetuo? O, por el contrario, transcurrido cierto tiempo deberá considerarse liberado al deudor y consolidado el dominio perfecto en su beneficio.

(36) SANTARELLI, F. "Extinción de las obligaciones en el CCCN", *Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 2014 (noviembre), 91, La Ley *on line*: AR/DOC/3835/2014.

(37) CSJ Santa Fe, 30/7/2013, *LL Litoral*, 2013 (octubre) p. 996.

1. Si los cargos son obligaciones accesorias, no puede pasarnos por alto su carácter esencialmente *temporal*: nacen para morir³⁸.

El fin perseguido por la relación crediticia es la ejecución de la prestación, y cuando el deudor cumple la conducta debida, la obligación se extingue. Es de la esencia misma de la obligación que se la cumpla, y ese cumplimiento acarrea su extinción; como acusadamente se ha dicho, al igual que la vida humana, la obligación presenta como nota de su existencia, su finitud.

Esa transitoriedad la diferencia de las relaciones jurídicas reales, caracterizadas por su permanencia y elongación en el tiempo. Las legislaciones en general, y el art.1942 en especial, resaltan que el dominio, por ejemplo, es perpetuo, no tiene límites en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio.

Las vinculaciones creditorias indefinidas no solo generan recelo, sino que son consideradas atentatorias al ordenamiento jurídico facultando a los contratantes a denunciarlas unilateralmente o *ad nutun* es decir, sin necesidad de invocar y menos aún probar, *justa causa*, pues la perpetuidad configura una violación al derecho personalísimo de la libertad individual, indisponible por afectar el orden público.

El tiempo, o mejor dicho el *transcurso del tiempo* es un factor preponderante en la vida del hombre y tiene gran trascendencia en materia de obligaciones, lo prueban las figuras del plazo, la prescripción en sus dos vertientes liberatoria o adquisitiva, y la mora.

Vélez Sarsfield al regular el derecho real de dominio estructuró una propiedad fuerte, suprimiendo una serie de derechos reales que la embarazaban o dificultaban su goce o transmisión, entre ellos las *vinculaciones*, que limitaban la libre disponibilidad de los bienes y dentro de ellas, las *capellanías*, que suponían afectar perpetuamente un bien al cargo de rogar por el alma del instituyente. Así, un cargo perpetuo que sujetara para siempre la libre disponibilidad del bien donado, su empleo o destino, o impusiera cargas vitalicias al donatario, equivaldría a uno de esos derechos reales suprimidos, y por ende sería nulo como tal, como lo disponía el art. 2502 del código velezano, prohibición ahora replicada en el art. 1884. Solo valdrían como derechos personales si como tales pudieren invocarse.

En ese entendimiento es casi invariable la tendencia doctrinaria y jurisprudencial de mirar con disfavor las relaciones modales perpetuas que desnaturalizan el derecho de propiedad al despojarlo de una de sus facultades inherentes, la de disponer de la cosa, de su uso o su destino, perjudicando así la versatilidad del comercio y la libre circulación de los bienes³⁹.

(38) MOISSET DE ESPANES, L. *Curso de obligaciones*, Tomo I, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 36 y ss.

(39) Lo recomendaron las "VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", celebradas en Buenos Aires en 1979.

Un caso muy particular, presenta la jurisprudencia española que, en sorpresiva mayoría, aun contrariando el espíritu y el texto de varias disposiciones del Código Civil, defiende el carácter perpetuo del modo en la donación. Incluso el Tribunal Supremo lo ha sostenido en variadas ocasiones⁴⁰. Sin embargo, hay varias disposiciones administrativas, dictadas en el ámbito estatal o autonómico, que regulan donaciones y cesiones gratuitas de bienes hechas por el estado en favor de personas físicas o jurídicas o de estas en favor de aquél, en las que se reduce el plazo máximo a 10, 20 o 30 años inspiradas en el art. 515 del C. Civil español que fija en una treintena el termino máximo del usufructo.

Es entonces de toda sensatez entender que el modo impuesto no puede tener carácter permanente o perpetuo y transcurrido cierto tiempo suponerse cumplido y consumado el interés de los beneficiarios, y si más tarde el donatario lo quebranta, tener por vedadas las acciones de cumplimiento y de revocación. Se ha pensado que ese plazo razonable podría emerger del tiempo transcurrido cumpliéndose el cargo, de la efectividad y eficacia de su verificación con relación a la carga impuesta y de la naturaleza del modo convenido⁴¹.

(40) Cfr. las sentencias del TS 11 de marzo de 1988 y 20 de julio de 2007, y las enjundiosas consideraciones de PEREZ GARCIA M. "La duración del modo impuesto en una donación: ¿carácter temporal o perpetuo?", *ADC*, Tomo LXII, 2009, fasc. 1 p. 143 y ss. Pueden consultarse con provecho el informe del Boletín Oficial del Estado (BOE) número 71 del 24 de marzo de 2022, Sección III, p. 38131 analizando la Resolución 4692 de la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia de España, contra la negativa del registro inmobiliario provincial de cancelar una carga perpetua sobre el inmueble donado.

(41) SALERNO, M. *Obligaciones*, Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 147. La CSJN ha tenido oportunidad de expedirse con relación a la extensión del plazo modal en la donación en dos casos similares, pero con resoluciones diversas. En autos "Uriarte Carmen R. y otros c/ Ministerio de Educación y Cultura", LL, 1997, E -700 y en "Girondo Alberto Eduardo c/ Estado Nacional MNBA", LL, 2011-D 509 con nota de Marcelo Urbano SALERNO. "La prescripción liberatoria del cargo resolutorio"; LL, 2011-D, 115 con nota de Mariano GAGLIARDO. "Revocabilidad de las donaciones" y LL, 2011-C, 646 con nota de FREYTES, A. "La acción de revocación de la donación por incumplimiento de los cargos".

En el primer caso se ventila causa iniciada por los herederos de Arturo Uriarte y Pinero y Petrona Bonorino de Uriarte que donaron en 1942, 49 pinturas de su acervo al MNBA e impusieron dos cargos independientes entre sí bajo expresa condición resolutoria: que los cuadros no salgan del Museo para exhibiciones fuera del recinto, adorno de mansiones oficiales o fines análogos, y que permanezcan constantemente colgados de las salas de exposición acordándose que la falta de cumplimiento de cualquiera de las dos condiciones facultaba a sus herederos colaterales a solicitar la inmediata reintegro de los bienes. Medio siglo después en octubre de 1991 la administradora de la sucesión Uriarte y Pinero constato por acta notarial que parte de las obras se exhibían en una muestra temporaria del primer piso del Museo y otras en salas de exposición permanente de la planta baja. Emplazo entonces al director a la restitución inmediata de las obras y ante su negativa, dedujo acción de revocación de la donación por incumplimiento de los cargos impuestos. El Tribunal de primera instancia y la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal de la Capital rechazaron la demanda y la CSJN la admitió, resaltando la naturaleza modal de la donación, su revocación solo por declaración judicial cuando es implícita, y la interpretación restrictiva de los cargos cuando establecen obligaciones permanentes, sin más posibilidad de liberación para el donatario que la prescripción extintiva de

2. Por otro lado, se ha pensado que bajo el régimen del CCCN el donatario obligado al cargo es titular de una especie de dominio imperfecto, el *revocable*, pues la obligación accesoria que se le impuso afecta el carácter perpetuo que caracteriza

la acción de cumplimiento. En orden al emplazamiento perpetuo de las obras donadas en salas de exhibición permanente, interpretó al cargo de imposible cumplimiento sin culpa del donatario con anterioridad a su constitución en mora, pues desde su creación en 1896 el MNBA no pudo aumentar su capacidad edilicia para exhibir todas las obras que fue atesorando; pero entendió incumplida la otra carga que vedaba desplazar las obras fuera del recinto físico del Museo, circunstancia expresamente admitida por el Estado aun a despecho de lo dispuesto en el Decreto 150.132/1943 que califica como “piezas inamovibles” a las provenientes de legados regidos por reservas explícitas que fijan su permanencia obligatoria en el Museo.

En el segundo caso, se analiza la donación de 25 obras pictóricas de la valiosa colección que Juan Gironde hizo al MNBA en 1935 imponiendo al donatario, eleve a escritura pública el acuerdo concertado, asigne su nombre a una sala del Museo si en el futuro se abría otra con el nombre de donante diverso y mantenga perpetuamente los cuadros en su interior. En 1996 su nieto Alberto Eduardo Gironde, inició acción de revocación de la donación en contra del Estado Nacional, aduciendo la inejecución de la obligación de elevar el convenio a escritura pública. A posteriori, al alegar en primera instancia y al expresar agravios ante la alzada amplió su queja denunciando dos irregularidades más: la ausencia de la imposición del nombre de su abuelo a una dependencia del Museo pese a que en 1971 se inauguró la Sala Santamarina, y la violación de mantener permanentemente los cuadros dentro de la entidad cultural. La sentencia de grado, confirmada por la Cámara II de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la ciudad de Buenos Aires admitió la excepción de prescripción liberatoria opuesta por el Estado Nacional y rechazó la demanda de revocación. El Máximo Tribunal de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia de la Alzada, sostuvo tardío el planteamiento procesal de las causales de revocación y declaró prescripta la acción de revocación pues el heredero hizo su reclamo transcurridos más de 25 años desde la inauguración de la Sala Santamarina, resaltando que si para el cómputo del plazo prescriptivo fuere necesario la efectiva toma de conocimiento de los herederos del incumplimiento de los cargos, se diferiría *sine die* el inicio de la prescripción aplazando su cómputo hacia descendientes de futuras generaciones, solución incompatible con los fines de la prescripción liberatoria. Finalmente rechazó la dispensa de prescripción esgrimida por el actor pues la circunstancia de hallarse fuera del país desde temprana edad, no le impidió comprobar los incumplimientos del Estado Nacional, hechos fácilmente verificables a través de terceros que pudieron informarlo. En disidencia el Dr. Carlos Fayt aconsejó la admisión de la demanda y la revocación de la donación recordando su voto para el caso antes comentado y el Decreto 150.132/43 -cuya aplicación al caso no fue cuestionada en la causa-, que diferencia obras *señeras*, que deben permanecer siempre en el Museo, de las *importantes* que, de modo excepcional, a título precario, y bajo determinadas y estrictas medidas de seguridad y por no más de 90 días pueden darse en préstamo a terceros. Destacó la prueba pericial que acreditó no solo el traslado de algunas a la Residencia Presidencial de Olivos, sino también el desplazamiento y la sustracción de otras cuando fueron exhibidas temporalmente a la ciudad de Rosario. El contrato no fijó el plazo de cumplimiento del cargo ni su extensión dejando en potestad de las autoridades del Museo tomar las medidas necesarias para que su ejecución fuere factible. De allí entonces -adujo la CSJN- que desde 1935 en que se celebró el contrato y hasta 1971 en que se inauguró la Sala Santamarina, los herederos debieron iniciar la acción de fijación del plazo para ejecutar la manda y si no lo hicieron, omitieron constituir en mora al Estado, y con ello fijar el plazo prescriptivo lo que selló la suerte de la acción. Aun cuando el fallo no trató específicamente la extensión del plazo modal en la donación preciso sin embargo una clara distinción entre la falta de cumplimiento del cargo -sea el plazo tácito o indeterminado- y el hecho del efectivo incumplimiento, como ocurrió en el caso, que resulto útil para fijar el momento en que comienza a computarse el plazo de prescripción de la acción de revocación.

al dominio pleno⁴² por aplicación del mencionado art. 1965 que ha puesto un límite temporal a las condiciones y plazos resolutorios que pueden imponerse a los actos jurídicos en general: *Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por disposición de la ley. Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o este sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.*

Así, la característica de perpetuidad del dominio pleno sentada en el art. 1942 desaparece en el dominio revocable, figura menos plena que deja supeditada su duración al cumplimiento de una condición resolutoria que, en este caso, anidaría en la circunstancia de que el donante o sus herederos soliciten la revocación de la donación por incumplimiento del cargo⁴³.

Empero, y como se afirmó más arriba, la imposición de la obligación accesoria que entraña el modo no supone tener por sometida la donación a una verdadera condición resolutoria, modalidad de los actos jurídicos en general regulada por el ordenamiento bajo un régimen diferente, con perfil, estructuración, y efectos propios diversos a los del cargo. E incluso, constituiría una verdadera contradicción en si misma sostener que ambas modalidades -por su diversidad- pudieren convivir afectando a la misma donación⁴⁴.

El dominio *imperfecto* presenta en el nuevo CCCN tres variables posibles: revocable desmembrado o fiduciario y la primera de ellas, solo admite para su configuración *condición o plazo resolutorios* (art. 1965), *impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley*. De allí que resulte impropio asignarle al dominio transferido al donatario el carácter de revocable o resoluble si por expresa voluntad de las partes el negocio no previo alguna de esas dos modalidades que lo caracterizan: una condición o un plazo resolutorios.

(42) STERN, A. "Donación con cargo. Eficacia temporal del cargo, prescripción y revocación", Dictamen de la Comisión de consultas jurídicas del Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires, 28/9/2017, expte. 16-00407-16; PICCON, A. "Demos forma legal a la voluntad de donar", Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, XVIII Jornadas Notariales Cordobesas, 2015, p. 149.

(43) AREAN B. Comentario al art. 1965 en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Libro IV, SAIJ Infojus, Buenos Aires, 2022, p. 91; VENTURA, G. Comentario al art. 1965, en *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, GARRIDO CORDOBERA, L. - BORDA, A. - ALFERILLO, P. (directores); KRIEGER, W. (coordinador), Tomo 3, p. 108.

(44) En contra: TALE, C. *Curso de obligaciones. Tercera edición revisada y actualizada*, Ediciones Trejo y Sanabria, Córdoba, 2019, Tomo I, p. 182; COMPAGNUCCI DE CASO, R. *Contrato de donación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 295.

Desde otro ángulo, se soslayaría la clara disposición del art. 354 del nuevo ordenamiento, que como se adelantó, dispone que, ante la duda, debe suponerse que la condición no existe, por lo que solo perviviría el cargo como modalidad de afectación a la donación.

Finalmente, si se interpretara aplicable a las donaciones con cargo la limitación temporal que dispone el art. 1965 para las condiciones o plazos resolutorios de los dominios revocables, podría desalentarse el ánimo de liberalidad que impele al donante a beneficiar, desanimado por un plazo demasiado exiguo para afectaciones que, por su naturaleza, trascendencia, o impacto social exigieran uno más largo en beneficio del donante o especialmente, de terceros.

Un exhaustivo análisis interpretativo de las declaraciones de las partes y de los comportamientos que los contratantes desplegaron durante la celebración del negocio concertado fijarán el sentido y alcance de las reglas que se han dado en ejercicio de su autonomía, desentrañando cual de ambas modalidades -cargo o condición- se ha impuesto al acuerdo para precisar así, que régimen jurídico cuadra asignarle⁴⁵.

Si esta faena interpretativa no concluye que a la donación se le ha impuesto una condición resolutoria, es inapropiado asignarle al cargo efectos propios de esa otra modalidad de los actos jurídicos, la condición o plazo resolutorios, recaudos reservados al dominio resoluble o revocable⁴⁶.

IV. Revocación por incumplimiento del cargo

En principio la donación es irrevocable por la sola voluntad del donante o por causales que no estén especial y legalmente previstas, pues de lo contrario, se cerniría una inadmisibles incertidumbre sobre el derecho transmitido al donatario⁴⁷.

(45) APARICIO, J.M. *Contratos. Parte General*, 3ra. Edición actualizada, Hammurabi, Buenos Aires, 2023, Tomo 2, p. 110.

(46) En contra, SALERNO, M. "La prescripción liberatoria del cargo resolutorio", LL, 2011-D, 115; GRAFEUILLE, C. Comentario al art. 354 en "Modalidades de los actos jurídicos", *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, RIVERA, Julio Cesar - MEDINA, Graciela (directores), La Ley, 2014, p. 793; GAGLIARDO, M. *La donación en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Zavalía, Buenos Aires, 2021, p. 98, quien incluso habla de la existencia de una "condición-cargo".

(47) Sobre la naturaleza jurídica de la donación entre otros, PUIG PEÑA, J. "Donación", *Nueva Enciclopedia Española*, Tomo VII, p. 798; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, 2da. edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 67; MAZEAUD, H., L. y J. *Lecciones de Derecho Civil*, traducción de Alcalá Zamora, Ejea, Buenos Aires, 1959, Parte IV, Volumen III, p. 277; RIPERT, G. - BOULANGER, J. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, traducción de García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1987, Tomo XI, p. 19; DE LOS MOZOS, J. "La Donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica", RDP, 1977-803; DE DIEGO, F. *Instituciones de Derecho Civil Español*, Nueva edición revisada por De Cossio y A. Guillón Ballesteros, editorial J. San Martín, Madrid, 1959, Tomo II, p. 242; ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil - Derecho de las Obligaciones*, 4ta. edición, Bosch, Barcelona, 1977, Tomo II, Volumen II, p. 102; LARENZ, K. *Derecho de las Obligaciones*, traducción de Jaime Santos Briz, RDP, Madrid, 1959, Tomo II, p. 174; BORDA, G. *Manual de Contratos*, 13° edición,

Históricamente la revocación tiene su origen en el Derecho Romano, donde inicialmente fue un privilegio concedido a los patronos, que podían revocar a su albedrío las donaciones hechas a los libertos. Más tarde se limitó esa posibilidad a dos casos determinados, ingratitud del liberto y superveniencia de hijos al patrono. Finalmente, en tiempos de Justiniano fue extendida la posibilidad de revocar todas las donaciones por causa de ingratitud, incluyendo dentro de esta causal el incumplimiento de los cargos⁴⁸.

El derecho medieval francés acuñó el aforismo que respondía al carácter irrevocable de la donación: *donner et retenir ne vaut* y hacia finales del siglo XII en Francia ninguna causa de revocación era admitida, incluso la supernacencia de hijos, excepto la producida por inejecución de los cargos⁴⁹.

Los expositores e intérpretes, generalizando la doctrina de los textos romanos, fijaron las tres causas clásicas de revocación, y así paso a la teoría al Código Civil francés y a la mayoría de los códigos modernos.

En general las causales de revocación de las donaciones presentan tres caracteres invariables: su ejercicio está vinculado a intereses no patrimoniales aun cuando los efectos recaigan sobre los bienes donados, son necesarios hechos o acontecimientos que acaecen después de perfeccionado el contrato de donación, y derivan del ejercicio de una facultad potestativa o de configuración del donante⁵⁰.

El carácter esencialmente irrevocable de la donación, impide convenciones particulares que dejen sin efecto las causales previstas o pretendan ampliarlas a otras diversas a las legalmente fijadas.

Justificación. El sustento de la revocación por incumplimiento de los cargos se encuentra en el quebranto de la obligación asumida por el donatario y en el injusto enriquecimiento patrimonial que operaría en su favor si el ordenamiento no concediera al donante la facultad de revocar.

Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 667; COMPAGNUCCI DE CASO, R. "Naturaleza de la donación", LL, 1997-B-1394; SALAS, A. *Código Civil y leyes complementarias anotadas*, Tomo II, Ed. Depalma, Buenos Aires 1957; FREYTES, A. "Naturaleza jurídica de la donación", LLC año 27, n° 7 agosto de 2010, p. 747, y la doctrina nacional y extranjera allí citadas.

(48) CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, Reus, Madrid, 1927, p. 226.

(49) URBANO SALERNO, M. "Revocación de donaciones y legados modales por incumplimiento del cargo", ED, 99-911.

(50) Según BUSSI, E. "La donación en el derecho romano antiguo y en el derecho romano clásico", *Cristianesimo e Diritto romano*, Milán, 1935, p. 171, las causales de revocación se originaron como un remedio para equilibrar el impulso dado por el cristianismo al espíritu de beneficencia; en igual sentido BIONDI, B. *El Diritto romano cristiano*, Milán, 1952, Volumen 2, p. 285, el precepto cristiano de la gratitud influyó en la legislación imperial y sustento la base de la regulación de la revocación de las donaciones. Ser agradecido a Dios en primer término y a los hombres en segundo, fue principio ampliamente desenvuelto por la patrística cristiana.

En la doctrina española se ha sostenido que la situación obedece a una mutación del *animus donandi* ante la inconducta del donatario, un cambio que trata de borrar los efectos del enriquecimiento injusto eventualmente sobrevenido a consecuencia del incumplimiento del modo⁵¹.

Perfecta la donación el donante tiene una expectativa de cumplimiento, defraudada esta, la ley le concede la facultad de revocar su liberalidad que opera como garantía de esa expectativa que merece ser asegurada por el ordenamiento jurídico.

El malogro de la expectativa desprovée de sustento al sacrificio económico que supuso la donación. CAPITANT recordando los antecedentes romanos afirma que el incumplimiento deja sin causa al negocio desde el momento en que el donatario incumple el cargo, pues del mismo modo en que la prestación hecha por un contratante en los sinalagmáticos deja de tener causa cuando este no recibe su equivalente, así también la dación hecha por el donante carece de causa si el cargo se incumple, porque esa afectación casi siempre constituye el fin que se propuso el donador⁵².

Además de los legitimados naturales para solicitarla, como el art. 356 ha previsto la transmisibilidad de los cargos, tanto por acto entre vivos como por causa de muerte, la acción podría también ser intentada por los cesionarios.

Pero la doctrina en general, aun bajo el imperio del código velezano, vedó su ejercicio a los acreedores del donante por vía de la acción subrogatoria, sustentando tal imposibilidad en que estos carecen interés en el cumplimiento de los cargos⁵³.

Si los obligados naturales a cumplir el cargo hubieren transmitido la cosa a un subadquirente, para que la sentencia de revocación le sea oponible deberá dársele intervención como terceros interesados en el proceso.

Entidad del incumplimiento. La solución extintiva impone que el incumplimiento sea la *causa justificante* de la revocación por lo que ha de ser verdadero y propio, por representar una contravención esencial de la obligación, sin que baste un mero retraso, un cumplimiento defectuoso o no imputable al donatario.

El incumplimiento debe ser consecuencia del accionar doloso o culposo del donatario pues la revocación entraña una sanción opcional dispuesta a favor del donante y así, las causas de justificación, como el caso fortuito o la fuerza mayor o hechos no imputables al donatario, imposibilitan la revocación.

(51) DOMINGUEZ, R. "La revocación de donación modal", ADC, UD 36, número 1, 1983, p. 79.

(52) CAPITANT, H. *De la cause*, número 209, p. 468/9.

(53) OVSEJEVICH, L. "Revocación de donaciones", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo XXV, Buenos Aires, 1968, p. 27 y ss; BELLUSCIO, A. *Código Civil*, Tomo 9, comentario al art. 1852 del CC parágrafo 4, p. 148, resalta que la norma comentada otorga "solo" al donante y sus herederos la acción de revocación, siguiendo a Aubry y Rau en la doctrina francesa. En contra SALVAT - ACUÑA ANZORENA, A. *Tratado de Derecho Civil. Fuente de las obligaciones*, Tomo III, Tipográfica Edit. Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 86 y 87.

En ese entendimiento se piensa que la apreciación de la gravedad del incumplimiento, debe hacerse con prescindencia de criterios objetivos utilizados habitualmente para medirlo en la resolución por incumplimiento de los bilaterales, y reducir esa valoración a criterios puramente subjetivos que se traducirían en la lesión al interés del donante afectado por el incumplimiento del modo.

Los arts. 1569-1570 del CCCN solo aluden a la inejecución de los cargos, reduciendo la previsión a aquellos que se agotan en una prestación única, sin atender a otras cargas que se prolongan en el tiempo, que deben cumplirse de manera continuada o reiterada, como las relativas al destino o empleo que debe dársele a la cosa, o la prestación periódica o vitalicia de un servicio, que son casualmente las que han provocado las cavilaciones acerca de la extensión del plazo de cumplimiento.

Es cierto que el incumplimiento se verifica con el mero apartamiento de la conducta que se exige al deudor en la prestación convenida, sea este originario o sobrevenido, sorpresivo o continuado en el tiempo, todos quedarían comprendidos, pero ello aparece más claro en obligaciones que tienen delimitado su ámbito temporal, pero pierde fuerza convictiva para cargos convenidos *sine die*, sin término de finalización. Allí es donde adquiere especial relevancia la labor judicial para apreciar y calibrar la entidad, las causas y los efectos del incumplimiento que sustentan la revocación.

La prueba de la inejecución está a cargo del donante, y por tratarse de un simple hecho, podrá producirla por todos los medios acordados legalmente a ese fin.

La inejecución *parcial* también es hábil para justificar la revocación pues no puede considerarse satisfecho el interés del donante si el cargo solo se lo satisface a medias. Sin embargo, como en esta materia la voluntad del disponente juega un rol decisivo, los autores reconocen la necesidad y conveniencia de atemperar el rigor de los términos legales adoptando en cada caso soluciones conciliatorias entre la ley y la verdadera intención del donante⁵⁴. Corresponde a los jueces en cada caso concreto apreciar la importancia y gravedad de la inejecución para sustentar la revocación. En un antiguo precedente de 1920 la CSJN resolvió que el incumplimiento no puede analizarse en términos absolutos, sino teniendo en cuenta la naturaleza de los cargos, la intención presunta del donante y la trascendencia de las conductas del donatario⁵⁵.

La opción entre exigir cumplimiento forzado u optar derechamente por la resolución, es de resorte exclusivo y excluyente del donante y sus herederos, y no resulta obligatorio peticionar antes el primero para recién después exigir la segunda, en una suerte de pasos sucesivos inexorables. Tampoco la promoción del cumplimiento forzado supone una renuncia tácita a la revocación.

(54) ACUÑA ANZONRENA, A. "Revocación de los actos de beneficencia por incumplimiento de los cargos", *JA*, Tomo 57, p. 704.

(55) CSJN, sentencia del 16 de marzo de 1920, *JA*, Tomo 4, p. 90.

Efectos. Entre partes la revocación por incumplimiento de los cargos genera la obligación de restituir la cosa al donante o su valor si se hubiere transferido, hacer tradición de cosa, celebrar la escritura pública si fuere un inmueble y proceder a su reinscripción en beneficio del donante.

Respecto de terceros el art. 1570 expresa que *“la revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos”*. En tanto existe una estipulación a favor de un tercero, es lógico que la revocación no pueda vulnerar este derecho adquirido por una persona ajena al acuerdo, por lo que este podría exigir el cumplimiento del cargo estipulado a su favor. Dicha facultad nace con la donación y se vuelve irrevocable con la aceptación del beneficiario (art. 1027), por lo que el beneficiario conserva acción contra el donante, sus herederos o, en su caso, el donatario para hacerles cumplir el cargo.

Si el bien donado con cargo hubiere sido transferido a un tercero y los autorizados revocan la donación por inexecución del cargo, solo los adquirentes de mala fe estarían obligados a restituir el bien al donante, es decir, aquellos que conocían de la existencia del cargo por tratarse de un bien mueble registrable o de un inmueble. Y agrega la norma del art. 1570 que *“pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario si las prestaciones que constituyen los cargos no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquel”*. Se trata de una forma indirecta de impedir la resolución del acuerdo, siempre claro está, que no entrañen prestaciones *intuitu personae* del donatario, inexecutables por terceros, supuesto en los que no podrán neutralizar la revocación, restándoles solo una acción de resarcimiento por los daños contra el donatario incumplidor.

Finalmente, se prevé que, si *“el donatario enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses”*. La solución es de toda justicia pues si el donatario enajenó el bien donado, o impidió la devolución por su culpa (por ejemplo, permitió su usucapión por un tercero) debe necesariamente resarcir el daño ocasionado con su conducta.

V. Conclusión

Antes de la sanción del CCCN de 2015 doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritarias afirmaban sin hesitaciones que un tiempo prolongado de cumplimiento efectivo, era suficiente para entender satisfecha la prestación accesorio. No luce razonable otra interpretación a la luz de las disposiciones del nuevo régimen legal imperante.

Partiendo de la temporalidad propia de las relaciones crediticias, el término de efectivo cumplimiento de un cargo en la donación deberá fijarse según las consideraciones particulares de cada caso, en uno que fuere apropiado, razonable y congruo para satisfacción de las expectativas que ambas partes desarrollaron al

perfeccionar la convención, pues resulta irrazonable suponer que hayan convenido un cargo eterno.

Sostener la intemporalidad de los cargos conduce a suponer⁵⁶ que, bajo la apariencia de una donación modal, se ha disfrazado una verdadera *vinculación*, derecho real que ya había prohibido el Codificador en el art. 2614 del CC.

Y peor aún, sería condenar al donatario y sus herederos, cuales Sísifos del acuerdo, al castigo de satisfacer eternamente la carga accesoria empujando la piedra hasta la cima empinada de la montaña, y cuando esta rodara inexorablemente hacia a su base, imponerles sucesiva e indefinidamente el mismo esfuerzo.

(56) LAMBER, R. *Donaciones...*, Ob. Cit., p. 421.

EL HEREDERO PRIVILEGIADO DE LA EXPLOTACION RURAL EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA CONTINENTAL *

*THE PRIVILEGED HEIR OF RURAL EXPLOITATION IN THE
CONTINENTAL EUROPEAN LEGAL TRADITION*

*Juan Bautista Fos Medina***

Resumen: El heredero privilegiado del sistema sucesorio especial agrario europeo tiene su antecedente en el sistema de heredero único, típico de la familia troncal, vigente durante siglos en Europa, y que pervive hoy bajo su actual figura, con la adaptación a las nuevas realidades socio-económicas y jurídico-políticas. Ello es así, producto de una tradición jurídica que en lo sustancial permanece, a pesar de los cambios operados en los dos últimos siglos. El sistema de heredero privilegiado es un modo de continuar la explotación rural indivisa, propiciando que la familia evite su descapitalización y desarraigo.

Palabras clave: Heredero privilegiado - Familia troncal - Explotación rural - Derecho agrario europeo.

Abstract: The privileged heir of the special European agrarian succession system has its antecedent in the sole heir system, typical of the stem family, in force for centuries in Europe, and which survives today under its current figure, with adaptation to the new socio-economic and legal-political realities. This is so, product of a legal tradition that essentially remains, despite the changes in the last two centuries. The privileged heir system is a way of continuing undivided rural exploitation, encouraging the family to avoid decapitalization and uprooting.

Keywords: Privileged heir - Stem family - Rural exploitation - European agrarian law.

Sumario: I. Introducción. II. Tradición occidental y continuidad. III. La relación histórica entre la familia y la propiedad: herencia impartible, herencia igualitaria, herencia preferencial. IV. Las constantes de la cosmovisión tradicional. V. Difusión del sistema de heredero único en occidente (heredamiento, derecho de primogenitura, mayorazgos). VI. El sistema de heredero único y el "derecho nuevo". Decadencia del sistema de heredero único. El surgimiento del instituto

* Trabajo recibido el 26 de junio de 2023 y aprobado para su publicación el 23 de agosto del mismo año.

** Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina/UCA), Profesor de Historia del Derecho (UCA), Docente con dedicación especial (UCA) (contacto: juanfos@uca.edu.ar).

del heredero privilegiado. VII. El sistema de heredero privilegiado en el actual derecho agrario europeo. A. España. B. Italia. C. Austria. D. Alemania. E. Eslovenia. F. Noruega. G. Finlandia y Bélgica. VIII. Conclusión. IX. Bibliografía.

I. Introducción

La institución del *heredero privilegiado* del derecho europeo parece proceder de la antigua costumbre del heredero único que se ha mantenido hasta nuestros días, aunque adaptada a los tiempos actuales.

El régimen del heredero privilegiado persigue evitar la fragmentación del establecimiento agrario y procurar su continuidad en la familia a través de la sucesión en cabeza, en general, de un heredero.

En dicho sistema sucesorio suelen coexistir la libertad de disposición, un orden sucesorio legal especial y las porciones legitimarias. En efecto, en dicho sistema se reconoce la facultad al testador de designar un heredero del fundo rústico y el deber del “elegido” de compensar a los demás coherederos con el pago de las legítimas. Mayormente, se prevé que, en defecto de designación testamentaria de heredero, dicho pago recaiga en quien o en quienes se atribuya la explotación de conformidad con un orden sucesorio establecido por la ley.

El heredero privilegiado es tal por disposición testamentaria y/o por disposición legal, aunque a veces el orden legal de parientes prevalece por sobre la voluntad del testador (*v.gr.* ley eslovena sobre empresa agraria de 1995 o el *droit de reprise* belga). Así también por ministerio de la ley se impone la nulidad de los actos *mortis causa e inter vivos* que tengan por efecto la división de la unidad agropecuaria (*v.gr.* la *unitá poderali* en Italia)

Los límites entre el régimen de heredero privilegiado y el régimen de atribución preferencial en Europa no son tan definidos. Ejemplos claros de sucesión especial, también llamada anómala, es el *maso chiuso* en la región del Bolzano en Italia y la sucesión de la empresa familiar en Eslovenia. Otros países europeos, en tanto, parecen más bien utilizar un criterio mixto al combinar elementos de la sucesión anómala y de la atribución preferente, por medio de una atribución *ex lege* de la titularidad de

la finca, sujeta a compensación (Alemania, Austria, Noruega, Polonia)¹. En cambio, los sistemas de Bélgica y de Finlandia son más parecidos a la *atribución preferente*².

Asimismo, podría distinguirse en el derecho europeo vigente entre heredero único y heredero privilegiado. El primero es, generalmente, sucesor a título universal de los bienes hereditarios (designado por acto *mortis causa* o *inter vivos*) y el segundo es sucesor a título particular (es decir, de la explotación y, en algunos casos, de la mayoría de los bienes), establecido según un orden sucesorio legal. Ejemplo del primer caso es lo previsto en el Código Civil español (CCEsp) en los artículos 841 a 847, donde se regula la adjudicación de todos los bienes hereditarios a heredero único contra el pago de las legítimas en dinero a los restantes coherederos. En realidad, en sentido propio, no es exacto denominar heredero único, si no es en relación a los bienes muebles e inmuebles de la herencia porque, los demás coherederos por más que no resulten adjudicatarios de tales bienes son, de todas formas, herederos en proporción a su cuota-parte -en principio en dinero- (aunque, en el caso referido, el adjudicatario único podría optar por satisfacer la legítima de los restantes herederos forzosos en bienes hereditarios (art. 842 CCEsp).

La cuestión bajo estudio reviste, en primer lugar, una importancia económica y espacial, dado que la tierra tiene límites superficiarios mínimos para su adecuada productividad, debajo de los cuales convierte en antieconómica la explotación y no es sustentable para una familia. Y, en segundo lugar, parece indicar que la antigua institución del heredero único de la explotación agrícola ha pervivido en Europa, pese a la casi universalización de la legítima con carácter de orden público.

(1) Artículos 1058 a 1062 del Código Civil polaco. CHIKOC BARREDA, N. "Reflexiones sobre los orígenes especiales en Derecho Internacional Privado Sucesorio según el Reglamento Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, N° 1, 2014, 121-146, p. 140, y MAGALDI, N. "Propiedad privada y libertad contractual en la Constitución polaca de 1997: algunas consideraciones", *Anuario de derecho civil*, vol. 57, N° 4, 2004, 1479-1506, p. 1495. En la sucesión anómala se respeta -en general-, como se ha dicho, la vieja tradición de que sea el testador quien designe al heredero de la finca familiar y, en caso de sucesión *ab intestato*, se asigna -en principio- un único heredero por ministerio de la ley, según un orden legal de parientes. En cambio, la atribución preferente de la explotación se realiza a petición del interesado o de los interesados, de conformidad con las personas autorizadas por la ley respectiva. La atribución preferencial tampoco incluye exclusivamente a la explotación agrícola, sino que puede comprender además del establecimiento agropecuario, el establecimiento comercial, industrial, artesanal, etc. y, normalmente, se exige el requisito de tamaño, es decir, que sea una unidad económica mínima.

(2) Ésta última está expresamente consagrada en Europa (Francia, Suiza, Italia, Luxemburgo) y en América (Canadá y Argentina). La atribución preferente de un establecimiento económico (no sólo agropecuario) se encuentra legislada en Francia en el artículo 831 y ss. del Código Civil y en la Argentina en el artículo 2380 y ss. del Código Civil y Comercial. Asimismo, la atribución preferente de la empresa familiar está contemplada en el artículo 230 bis, apartado 5 del Código Civil italiano así como en el artículo 858 del Código Civil de Québec. En cambio, la atribución preferencial de una empresa agrícola está específicamente prevista en el artículo 11, sección 1, capítulo 1, título 2, de la ley federal sobre tierras rurales (4/10/1991) de Suiza y en el artículo 832.1 del Código Civil del Gran Ducado de Luxemburgo.

Es un hecho, además, que el régimen sucesorio especial europeo de la explotación agraria responde al particularismo de las relaciones de la agricultura que, como reconoce Torres García, tolera mal el régimen sucesorio del Código Civil que, en España -como la generalidad de los códigos de matriz napoleónica-, parte de postulados individualistas y ha pulverizado la mediana y pequeña propiedad campesina con la división forzosa e igualitaria de las herencias³.

Al lado del particularismo jurídico, constituido en la Edad Media básicamente por el derecho foral-local y el derecho consuetudinario, estaba el *ius commune* (derecho romano-canónico) forjado en la Cristiandad y de carácter general. Éste gozó de una unidad legal hasta el surgimiento de los Estados-Nación y mantuvo su vigencia, luego, en múltiples aspectos y muchas regiones aún hasta el siglo XIX⁴.

Excede el objeto de este trabajo el estudio pormenorizado del sistema sucesorio agrario especial de cada país o región de Europa, así como su impacto socio-económico. Pretendemos solamente, en estas escasas líneas, brindar algunos indicios (principalmente desde una perspectiva histórico-jurídica) que vincularían la institución de heredero único del pasado con el sistema de heredero privilegiado del presente. En este sentido, se destacan las similitudes de los distintos regímenes continentales entre sí (no incluimos al Reino Unido) y, a su vez, las semejanzas de algunas instituciones del Antiguo Régimen con algunas instituciones actuales (*v.gr.* la designación de un solo heredero de la explotación rural, la conservación indivisa del establecimiento agropecuario, la preferencia de los varones por sobre las mujeres, etc.).

El mantenimiento de la tradición europea de designar un solo heredero de la explotación rural, que hoy se advierte en la figura del heredero privilegiado, encontraría explicación en una razón de índole económica y es que, en general, el fundo rústico pierde valor y rentabilidad cuando es desmembrado. Asimismo en una razón de orden empírico y es que, generalmente, salvo casos de necesidad, de violencia o fundados en deber moral⁵ (y dejando de lado el apego desordenado o la

(3) TORRES GARCÍA, T. F. "La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión 'mortis causa' del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 33, Nº 2, 1980, pp. 335-388.

(4) MERRYMAN, J.H. - PÉREZ PERDOMO, R. *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 49. Los derechos locales también resistieron hasta la actualidad la tendencia homogeneizadora del derecho, como ocurre con el derecho histórico del norte de España.

(5) En este sentido, afirma Vial-Dumas que el amor del padre y su deber de procurar un bienestar a su hijo ofrece su correspondencia en la obligación que, en algunas tradiciones y épocas, tiene el primero de transmitir una cuota de su patrimonio a través de la herencia del segundo. Además, se ha sostenido el carácter alimentario de la legítima. En los actuales regímenes de absoluta libertad de testar, le corresponde al causante una obligación alimentaria cuando existen menores de edad y personas a su cargo. VIAL DUMAS, M. "La familia nuclear ante el derecho. Una retrospectiva de su formación y definición en la tradición jurídica occidental", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, Nº 2, 2019, p. 557.

renuncia en virtud de un voto religioso), nadie desea limitar o reducir su dominio sino antes bien conservarlo y aumentarlo, porque las cosas generan un apego en el orden afectivo, dado que en ellas se proyecta la personalidad y el esfuerzo del dueño o poseedor, así como el paso de las generaciones precedentes.

Quizás se sume a ello una tradición que aún vive en la conciencia colectiva de nuestros campesinos, en la que siempre está presente -casi de manera nostálgica- el recuerdo del antiguo mayorazgo.

Refuerza la conexión existente entre el antiguo sistema de heredero único y el vigente sistema de heredero privilegiado la fuerte *tradición legal*, sobre todo en los países que mantuvieron el sistema de heredero único más allá del siglo XVIII, como sucede con la región del Tirol, donde aún perdura en su actual régimen la sucesión de un heredero de la explotación rural indivisa, con grandes similitudes con la ley imperial agraria de 1900, no tan lejana en el tiempo.

II. Tradición occidental y continuidad

Brevemente diremos, respecto de la tradición multiseccular del *sistema de heredero único*, que se vincula principalmente con la familia troncal y que se inserta -como nuestras costumbres más antiguas y nuestra cultura-, en la tradición central de occidente. Ésta es aquella que “surge del encuentro de la filosofía griega, el derecho romano y la fe cristiana (incluyendo su antecedente hebreo veterotestamentario), que con la caída del imperio romano y la evangelización de los pueblos bárbaros (que aportan el componente germánico) va a dar origen a Europa”⁶.

Sostiene Rafael Gamba que, “si las costumbres son el símbolo y producto más externo de una continuidad tradicional, la raíz y asiento más profundo de la tradición de un pueblo son, sin duda alguna, las familias”⁷.

Etimológicamente el término tradición deriva del verbo *tradere* que significa entrega. Dicha entrega puede verificarse sobre una cosa material o cultural. Por ello, la tradición es aquella transmisión continua de un patrimonio material y cultural a través de las generaciones.

Miguel de Unamuno señalaba que la tradición podía entenderse de dos modos, o bien en un sentido horizontal, es decir, como cultura tradicional histórica o bien en un sentido vertical, o sea como una cultura tradicional intrahistórica. Esta última

(6) HERRERA, D. “El derecho en la tradición central de Occidente y el proceso de su desnaturalización”, *Prudentia Iuris*, N° 76, 2013, pp. 17-23.

(7) GAMBRA, R. *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, Ediciones Nueva Hispanidad, 2011, p. 94.

es el pasado asimilado a nuestra sustancia, encarnado en el pueblo en general y hecho médula de nuestro espíritu en particular⁸.

En este sentido, Juan Cruz Cruz observa que “todo lo que, como suceso histórico, ha sido vivido por la mente, por la voluntad o por la afectividad, deposita en silencio su núcleo esencial en el hondón del espíritu, y allí se organiza a oscuras como hábito, como posesión estable. Se trata de un proceso de sedimentación constante, aunque lenta y tamizada, de la realidad en nuestra intimidad. Este poso no es otra cosa que el valor eterno que contienen los sucesos históricos cotidianos. Lo que fue quizás reflejo es ahora espontáneo. Y se organiza, habitualizado, contribuyendo a crear un fondo de continuidad en forma de verdades permanentes para nosotros. Así se origina la personalidad intrahistórica, la cual aflora a su vez hacia el exterior en lo histórico”⁹.

Ocurre que la evolución del régimen sucesorio occidental se desenvuelve ante todo por la tradición del pueblo, máxime en el ámbito rural. Este derecho es aceptado por la nación en bloque, sin discriminación, por el sólo hecho de haber vivido conforme a él las generaciones anteriores. Este derecho heredado de los mayores pesa siempre de manera decisiva y nunca llega a ser desechado de un golpe ni por entero. Es lo que denomina Alfonso García Gallo, la persistencia del fondo tradicional. “Por ese carácter tradicional del derecho -dice el historiador del derecho español- los pueblos que descienden de un mismo tronco conservan en buena parte, incluso al cabo de miles de años, unas mismas normas que fueron ya propias de sus remotos antepasados”¹⁰.

III. La relación histórica entre la familia y la propiedad: herencia impartible, herencia igualitaria, herencia preferencial

En la Antigüedad la propiedad estaba ligada a una religión doméstica que mandaba velar por el culto de los antepasados.

En Roma en el hogar (*focis*), resguardado por el recinto, ardía el fuego que no debía extinguirse y donde se veneraba a los dioses familiares. Tampoco debía abandonarse la tumba, donde descansaban los mayores. Y todos estos lugares sagrados estaban confinados por el término, que demarcaba los límites del fundo familiar.

(8) CRUZ CRUZ, J. “Tradición efímera y tradición eterna, según Unamuno”, disponible en: <https://www.leynatural.es/2013/09/23/tradicion-efimera-y-tradicion-eterna-segun-unamuno/>. Fecha de consulta: 15/5/2023.

(9) CRUZ CRUZ, J., *Ibid.*

(10) GARCÍA GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho Español. I. El origen y la evolución del derecho*, quinta edición revisada, Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1973, p. 5.

En virtud de ello, el individuo moría pero el culto permanecía, la *religión doméstica* debía perpetuarse en la casa (*domus*)¹¹.

Desde bien antiguo la *propiedad* fue principalmente *colectiva* y pertenecía al clan o a la tribu¹².

Luego sobrevivieron dos grandes tipos de familia que convivieron en Occidente durante siglos, es decir, la *familia nuclear* (siglos III a VII d. C.) y la *familia troncal*¹³. La última tuvo gran auge durante la Edad Media (principalmente en los siglos XIV y XV) y se mantuvo con vigor casi mil años (desde el siglo X hasta el siglo XIX). Era una *propiedad familiar* con un profundo sentido comunitario¹⁴. Mientras que la familia nuclear, en cambio, ha vuelto a predominar desde el siglo XIX y se vincula con la *propiedad individual*. Ésta ha sido la propiedad característica de los últimos dos siglos y se ha dicho que conlleva el derecho absoluto de usar, gozar y disponer de la cosa sin referencia a los restantes integrantes de la familia troncal, en coincidencia con lo que se ha llamado también la familia pequeña.

Ahora bien, no corresponde establecer una rígida vinculación entre propiedad indivisa y familia troncal y entre división igualitaria y familia nuclear. Entra en juego un elemento nuevo que viene a armonizar uno y otro tipo de familia: la *herencia preferencial*.

(11) FUSTEL DE COULANGES, N. D. *LA CIUDAD ANTIGUA. ESTUDIO SOBRE EL CULTO, EL DERECHO Y LAS INSTITUCIONES DE GRECIA Y ROMA*, (MÉXICO, EDITORIAL PORRÚA, 10ª EDICIÓN), 1998, p. 48.

(12) Entre los antiguos pueblos de España, como los vacceos, que ocupaban la región central del río Duero, al oeste de la península “no había propietario alguno, perteneciendo todos los campos a la comunidad del pueblo, dividiéndose cada año por suerte a sus vecinos, bajo la obligación de partir los frutos con los que habían quedado sin tierras, y entregando a cada uno la parte que les correspondiese”. SEMPERE Y GUARINOS, Juan. *Historia de los vínculos y mayorazgos*, 2ª. edición, Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, editor, Madrid, 1847, p. 6.

(13) Vial-Dumas, junto con otros historiadores, ha puesto en tela de juicio la supuesta modernidad de la familia nuclear. VIAL DUMAS, M. “La familia nuclear ante el derecho...”, ob. cit., p. 558.

(14) Desde la temprana Edad Media la propiedad familiar, la propiedad de la familia grande (cuyo sujeto de derecho y propietario era la familia como institución) se vinculaba con varios tipos de familia, entre ellas con: a) la familia patriarcal (que reunía a tres y cuatro generaciones); b) la comunidad de hermanos (v.gr. *frèrage* y *afrèrement* en el sur de Francia a fines de la Edad Media) y c) la familia troncal, familia estirpe, linaje o familia de heredero único. Esta última, según Frédéric Le Play, tuvo una vigencia de más de veinticinco siglos en la zona pirenaica, donde hubo una acendrada conservación de las costumbres locales y menor penetración del derecho romano. LE PLAY, F. *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, Alfred Mame et fils, 3ª. ed., Tours, 1884. Ejemplo de propiedades colectivas comunales han sido la Mark germánica, el ayllu de la región andina, el mir del antiguo régimen zarista, la dessa javanesa; mientras que propiedades patriarcales han existido en el sur de Francia durante el Antiguo Régimen, las comunidades de hermanos en Montpellier a fines de la Edad Media y las del África francófona en nuestros días (Ruanda, Mauritania, etc.); en tanto, la familia troncal se ha visto en los mayorazgos en Castilla e Indias y el *droit d'aînesse* en Francia, entre otros.

En efecto, en aquella suerte de competencia que ambos tipos de familia disputaron en el proceso histórico de los siglos XVIII y XIX -de drásticos y vertiginosos cambios socio-políticos-, que consecuentemente afectaron a la familia y a la propiedad, la herencia preferencial viene a engarzar y matizar el viejo orden con el nuevo, en materia económico-jurídica.

En el caso de España y de Navarra en aquél período, según Mikelarena Peña, se comprueban realidades familiares que no concuerdan con la dualidad del sistema hereditario indiviso y del sistema igualitario, sino que introduce un tercero: el preferencial. En su opinión, en el Estado español puede encontrarse hasta el siglo XIX: “familia troncal y herencia impartible, familia troncal y herencia preferencial, familia nuclear y herencia igualitaria y familia nuclear y herencia preferencial...”¹⁵.

Ello parece indicar, primeramente, la estrecha vinculación entre la familia y la propiedad y el sentido familiar de la herencia. En segundo lugar, se infiere no sólo el histórico vínculo de la herencia impartible con la familia troncal y de la herencia igualitaria con la familia nuclear sino también cómo la herencia preferencial se amolda a los dos tipos familiares, donde parece que terminará predominando con el tiempo la familia nuclear y la herencia igualitaria a nivel general y la herencia preferencial a nivel local y con carácter excepcional.

Veremos, más adelante, en la parte estrictamente jurídica (punto VII), el régimen actual de heredero privilegiado de la explotación agraria en distintos países de Europa.

(15) Para Mikelarena la diferencia fenomenológica entre familia nuclear y familia troncal es que la primera se caracteriza por una regla de establecimiento neolocal, resultante de un régimen de transmisión patrimonial bilateral en el que los bienes se dividen a partes iguales entre todos los hijos. Mientras que el segundo tipo de familia presupone una regla de residencia patriheredocal -es decir, los matrimonios se instalan en casa de los padres del cónyuge que hereda el patrimonio- y un sistema de herencia de indivisión del patrimonio por el que la mayor parte o la totalidad de los bienes patrimoniales pasan a un único hijo. MIKELARENA PEÑA, F. “Estructuras familiares en España y en Navarra en los siglos XVIII y XIX: factores etnoculturales, diferenciación socioeconómica y comportamientos estratégicos”, *Revista de antropología social*, núm. 2, 1993, pp. 111-112. Según Le Play en la familia nuclear la tendencia es que los hijos abandonan separadamente la casa paterna a partir de que se bastan a sí mismos. El padre que se ha creado una existencia fuera de la tradición de sus antepasados, no inculca su práctica a sus hijos. En cambio, en la familia troncal uno de los hijos casados, vive en comunidad con los padres y perpetúa, con su concurso, la tradición de sus mayores. Los otros hijos se establecen fuera de la casa si no prefieren vivir célibes en el hogar paterno. Le Play abre un juicio comparativo y valorativo al sostener que la familia troncal conjura los excesos tanto de la familia inestable como de la familia patriarcal, al reunir las ventajas de ambas tendencias opuestas, ya que es el término medio entre la familia nuclear (que establece fuera del hogar a todos sus hijos) y de la familia patriarcal (que retiene en su hogar a todos sus hijos, aun después de su matrimonio). LE PLAY, F. *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, 3ª. ed., Tours, Alfred Mame et fils, 1884, pp. 9-11. Por su parte, Vial-Dumas, refiere que los linajes “generaron una familia que trasciende a la muerte, que se institucionaliza y cobra una personalidad económica y política que está por sobre los individuos que la componen. VIAL-DUMAS, M. “La familia nuclear ante el derecho...”, ob. cit., p. 566.

El surgimiento del *heredero privilegiado* vendría a manifestarse, pues, como una figura que, recibiendo íntegramente la finca familiar, en alguna medida armonizaría la herencia impartible con la herencia igualitaria (universalizada desde el siglo XVI-II), se encontraría en el medio, como un puente entre “el heredero” (v.gr. el *hereu* en el antiguo derecho catalán) y el legitimario del derecho continental post-codificación.

IV. Las constantes de la cosmovisión tradicional

El régimen socio-jurídico-político europeo anterior a la Revolución francesa, denominado Antiguo Régimen, se distinguió por algunas realidades típicas que podemos sintetizar en las siguientes: el espíritu comunitario y religioso, la autoridad paterna, el honor familiar y la inalienabilidad de la propiedad familiar.

Estos principios se impregnaron en la familia, perdurablemente arraigada a la tierra, dando lugar, a partir de la Edad Media, a los linajes.

El *espíritu religioso* traspasó y animó todas las instituciones del antiguo orden, constituyendo una suerte de tiempo histórico consagrado. Paralelamente el *espíritu comunitario* les imprimió vitalidad y dinamismo.

En esa línea, Paolo Grossi ha señalado que durante el Medioevo “la comunidad es la célula vital insuprimible para una civilización que no cree en la acción individual, que no rinde cuentas sobre el individuo, que se funda y se construye sobre lo ‘plural’, sobre lo colectivo en todas sus manifestaciones”¹⁶. Ello fue así hasta pleno siglo XVIII en que Talleyrand llegó a decir que “se amaba mucho más a la familia que a los individuos, a quienes no se conocía aún”¹⁷.

Durante todo el Antiguo Régimen la familia estuvo caracterizada también por un vigoroso *sentido jerárquico*. Como toda sociedad debía contar con una dirección, así la familia era dirigida por una cabeza, la del padre, en torno al cual giraba la gran familia. Ésta habitaba la casa paterna donde se guardaba la huella de los antepasados y era a la vez mantenida y conservada por el esfuerzo de todo el grupo familiar.

Asimismo, la presencia de la figura paterna se proyectaba del ámbito familiar al ámbito público, de suerte tal que la vida política era ejercida predominantemente por los jefes de familia.

Ejemplo de ello era el requisito, para ser miembro del cabildo indiano, de ser vecino, jefe de familia y tener casa poblada¹⁸.

(16) La sociedad medieval estaba cimentada en un gran realismo. La realidad jurídica estaba basada en la cosa, dando lugar a una civilización factual, como la llama Grossi. Los elementos decisivos de dicho orden eran la tierra, la sangre y la duración. GROSSI, P. *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 90-95.

(17) FUNCK-BRENTANO, F. *EL ANTIGUO RÉGIMEN*, EDICIONES DESTINO, 1ª. EDICIÓN, BARCELONA, P. 25.

(18) Asimismo, aquella autoridad paterna se reflejaba en la monarquía, ya que el rey cristiano debía ser como un padre con sus súbditos. Por eso, Alfonso X el Sabio de Castilla prescribía que el

Otro principio de acción típico de la Cristiandad fue el *honor*. En esta época no importaba solamente el honor personal o el honor del matrimonio sino también el honor de un sujeto colectivo, en virtud de un sentido de pertenencia que no se limitaba al individuo y a la familia sino también a todas las realidades sociales de las que antaño se formaba parte. Es decir, del honor familiar se pasaba al círculo más amplio de la comarca, el pueblo, la ciudad, la clase social, la profesión, la patria o la creencia religiosa¹⁹.

Otra preocupación constante de aquella época, que denotaba también el acendrado espíritu de pertenencia, era el velar por la *integridad del patrimonio familiar*.

Era generalmente aceptado que la familia debía conservarse intacta a través de las generaciones según sus usos, costumbres y rango social, apoyándose en el patrimonio que se transmitiría íntegro al heredero, porque el patrimonio del cual vivía la familia era un bien sagrado por el sólo transcurso en él de las generaciones. El que lo despilfarraba -sentenciaba una persona de la época- cometía un robo; y que hubiera sido mejor para él y para toda su raza que no hubiese nacido. Consecuentemente, la tierra familiar debía conservarse entera y, por lo tanto, era reprochable que se vendiese o se permutase²⁰.

monarca debe ser como un “padre que cria á sus hijos con amor et los castiga con piedad...” (Partida II, Título X, ley II). ALFONSO X, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo II, Partida 2ª. y 3ª, Ediciones Atlas, Imprenta Real, Madrid, 1807), edición facsimilar de 1972, p. 87. En Francia, el monarca era considerado por los súbditos como el padre supremo y, según la tradición medieval, el rey era el comandante-propietario de Francia y de los franceses. TAINÉ, H. A. *Les origines de la France Contemporaine. L’Ancien Régime*, tome premier, vingt-septième édition, Librairie Hachette, Paris, 1909.

(19) Por ejemplo “en los Fueros de Albarracín y Usagre se aplica la pena de talión a quienes levanten la mano contra el jefe del ejército o contra su propio señor... Es de (los) fueros de la Edad Media de donde arranca, al menos jurídicamente, la colectivización española del honor...”. SERRA RUIZ, R. *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Universidad de Murcia, Murcia, 1969, pp. 143-144. En Francia, no era menor la estima de la honra durante el Antiguo Régimen. El bailío de Mirabeau decía: “honrar o hacer prosperar a la familia, he aquí el único sentimiento digno de tenerse en cuenta”. O, el vizconde de Avenel expresaba: “mancillar el honor de la casa en este mundo y ser condenado en el otro, he aquí los únicos peligros que conoce el gentilhomme francés...”. Incluso, los propios intendentes del reino afirmaban: “Nunca tomará una familia demasiadas precauciones para prevenir el deshonor”. La gloria o la deshonor de uno de sus miembros daba lustre o agraviaba a toda la familia. El 25 de enero de 1790 la Asamblea constituyente anuló el “prejuicio” que afectaba a las familias de los criminales por la infamia de una condena. FUNCK-BRENTANO, F., ob. cit., pp. 43, 64-66.

(20) Así se expresaban los franceses de entonces: “Vender los campos paternos es desprestigiar el propio nombre... basta con ver como se han arruinado todos los que han querido permutar el patrimonio de sus antepasados”; “Todos mis antepasados se han esforzado por adquirir las parcelas de este patrimonio y no seré yo quien destruya su obra”. Estos desvelos se transmitieron mejor en la burguesía rural que en la nobleza. Las instituciones que conservaron la integridad del patrimonio familiar han sido fruto, según Brentano, de unas costumbres bienhechoras que “han contribuido a la dicha y a la prosperidad de Francia”. FUNCK-BRENTANO, F. ob. cit., pp. 48-51.

V. Difusión del sistema de heredero único en occidente (heredamiento, derecho de primogenitura, mayorazgos)

El sistema de heredero único parece haber comenzado a gestarse en Europa durante el Medioevo. Vial-Dumas lo afirma de esta manera: “Esta institución, la del heredero único, a pesar de comenzar a ser justificada jurídica y moralmente desde el siglo XII, no se extendió masivamente sino hasta el siglo XV”, aunque ya para el siglo XIV era relativamente común²¹.

Muestra de ello es la zona pre-pirenaica donde, desde la Baja Edad Media y principios de la Edad Moderna, en el norte y centro de *Navarra* predominó dicho régimen (en cambio, en las tierras del sur predominó el sistema de igualdad entre los hermanos)²².

En esta parte (ap. V y VI), nos focalizaremos en España y Francia.

En *Cataluña* se constató la imposición de los señores feudales a los campesinos de nombrar un único heredero para la explotación de sus tierras y la exclusión de los demás hijos. De esa manera las explotaciones mantenían su integridad sin someterse a un proceso de fragmentación que dificultaba el control de la renta de la tierra. Aquella exigencia señorial resultó útil para los paisanos de la región (payeses) lo que se tradujo en la consagración legal de una mayor libertad de disposición de los bienes hereditarios²³.

Sostiene Ferrer-Alos que “con la crisis del siglo XIV se configuró el *mas*, la explotación agraria característica de la Edad moderna catalana, íntimamente relacionada con el “sistema de heredero único totalmente hegemónico en la Catalunya Vella, en tanto la exclusión de todos los hijos excepto uno, garantizaba la unidad patrimonial y la continuidad de la explotación”²⁴.

(21) VIAL DUMAS, M. “La familia nuclear ante el derecho...”, ob. cit., p. 566. VIAL DUMAS, M. “La herencia en la tradición jurídica occidental, algunos momentos estelares” en AA.VV., *Las múltiples caras de la herencia*, MARTÍNEZ ZORRILLA, D.-VIAL DUMAS, M., (coordinadores), Huygens editorial, colección Lex, 2017, Barcelona, p. 32.

(22) MORENO ALMÁRCEGUI, A. - ZABALZA SEGUÍN, A. *El origen histórico de un sistema de heredero único. El prepireneo navarro 1540-1739*, Instituto de Ciencias para la familia, Universidad de Navarra, ediciones de RIALP, España, 1999, p. 14.

(23) FERRER-ALOS, LI. “Indicios de cambio en el sistema de heredero único en Cataluña en el siglo XIX”, *Historia contemporánea*, 31, 2005, p. 481.

(24) *Ibid.*, p. 482. En el seno de la familia campesina catalana “palpitaba vivamente el sentimiento de la estrecha solidaridad entre padres, hijos y hermanos, así en lo personal como en lo económico. Esta unión íntima tenía como *centro y fundamento la casa* que habitaban y el predio que cultivaban en común. El espíritu dominante en las clases rurales tendía á la conservación de la casa y el predio para la familia. El labrador deseaba transmitirlos íntegros y sin gravámenes a sus descendientes para que se perpetuasen en ellos, y esta aspiración venía á satisfacerla la sucesión individual, asegurando la transmisión indivisa a un solo heredero, que, ocupando el lugar del cabeza de familia al fallecimiento de éste, tomara sobre sí las obligaciones del jefe para con los demás miembros de la familia rural”. Quedaban los hermanos en la casa paterna y, una vez obtenida la independencia económica, les pro-

Ferrer-Alos describe al longevo instituto del *heredamiento catalán*, es decir, el funcionamiento del sistema de transmisión de bienes basado en el nombramiento de un heredero: “Se elige heredero al hijo varón primogénito y solo a la hija primogénita -*pubilla*- cuando no hay varones. El heredero se casa con una segundona de otra masía y se quedan a vivir en casa de él. Los padres del heredero controlan los bienes mediante el usufructo y el heredero será propietario pleno cuando mueran sus padres. Hereda con dos condiciones: cuidar de sus padres y colocar a sus hermanos a partir de los recursos de la casa... Los varones segundones (*iuveni homines*)²⁵ se encuentran sin papel y condenados a construir un nuevo patrimonio cuyo punto de partida será la legítima que recibirá de su heredero (aunque su situación sea peor que las de sus hermanas, podía casarse con una *pubilla*. Y si triunfaba, mantenía el respeto y consideración hacia la casa de la que había salido). Las hijas segundonas se casan mayoritariamente con herederos de otras casas y aportan la dote, que consiste en una cantidad de dinero, y el ajuar”. El sistema exige un elevado grado de socialización, en que cada individuo debe asumir que no va a recibir lo mismo (seguramente el *hereu* (o heredero) recibirá más) y en que cada uno asume su papel²⁶.

Mientras que el *derecho de primogenitura* que confería todos o la mayoría de los bienes familiares -en principio- al hijo mayor, también gozó de una larga vigencia, fundamentalmente desde la Edad Media hasta la caída del Antiguo Régimen en 1789. La finalidad del instituto no era beneficiar a nadie en particular sino, fundamentalmente, *mantener la dirección del patrimonio familiar indiviso*.

Según Poumarède, en ambos lados de los *Pirineos*, la *primogenitura fuera integral o derivada del privilegio de masculinidad*, no era percibida como un derecho exorbitante concedido a un heredero en detrimento de los otros²⁷, sino más bien como una garantía de supervivencia para la familia entera y para *preservar los intereses superiores de la casa*, que quedaban salvaguardados por la sumisión de cada miembro a esta

curaba siempre descanso y refugio en la adversidad. HINOJOSA de, Eduardo. *El Régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1905, p. 162.

(25) “Éstos recibían su legítima en todos los bienes del padre, excepto los inmuebles que constituían el manto. Si no existían otros bienes tenían derecho a una pensión anual, proporcionada a los productos del predio”. HINOJOSA de, Eduardo, ob. cit., p. 164.

(26) Ibid., p. 484. Ver también del mismo autor: FERRER-ALÒS, L. “Estructura agraria, familia troncal, mercado de trabajo y redes sociales en el mundo rural, Cataluña siglos XVIII-XIX”, *Mundo Agrario*, 19 (40), e079, 2018, pp. 53-57 y FERRER-ALÒS, L. “Sistema hereditario y reproducción social en Cataluña”, *Mélanges de l'École française de Rome. Italie et Méditerranée*, tome 110, n°1, 1998, pp. 53-57.

(27) El derecho de primogenitura no consistía en la expoliación de los segundones para favorecer al hermano mayor y así, unos siglos antes de la era cristiana, el Código de Manú prescribía: ‘Que el primogénito sienta por sus hermanos menores el afecto de un padre por sus hijos...’. FUSTEL DE COULANGES, N.D. ob. cit., p. 58.

ley grupal. Aquí radica, según el autor, el principio fundamental que hacía posible la conservación indivisa del patrimonio familiar²⁸.

El régimen de primogenitura (*droit d'aînesse*) rigió también en el derecho consuetudinario del norte de Francia (*droit coutumier*) hasta la caída del *Ancien Régime*²⁹.

Sin embargo, el *droit d'aînesse* no era uniforme. La costumbre de París, *v.gr.*, concedía los mismos derechos de primogenitura a nobles como a plebeyos; el primogénito recibía como mejora el castillo o casa solariega, es decir la casa principal, con el corral -además de la "parte de ventaja"-, es decir, los dos tercios del dominio, si no había más que dos hijos o la mitad si había más de dos.

El instituto tenía una importancia política y económica dentro y fuera de Francia, a tal punto que el derecho de primogenitura "era un facto de progreso y de dinamismo social ya que las propiedades permanecían intactas y los *hermanos menores*, sabiendo que no podrían contar más que con su trabajo y su iniciativa, se hacían más emprendedores: nuestro primer imperio colonial bajo el *Ancien Régime* fue construido por hermanos menores"³⁰. Lo mismo puede decirse respecto del papel que cumplieron los segundones durante la conquista de América.

(28) Recalca Poumarède que "el fuerte apego de la posesión ancestral pirenaica queda simbolizado por la *excelencia otorgada al concepto de la casa (domus u hospitum)*, casa en Andorra, *ostal* en el país de Foix, *hostau* en Bigorre y Bearn, *lar* en el País Vasco (...)" . Como en la Antigua Roma, es "el lugar donde 'se hace fuego y o se come pan' que incluye el conjunto de tierras, derechos reales, de la aparcería de ganado que asegura la subsistencia cotidiana... La casa es, simultáneamente, entidad colectiva y unidad económica, incluso un hogar místico donde se establece la comunión entre el mundo de los ancestros y el de los vivos, como lo indica la costumbre vasca del *yarleku*, que entabla una ligazón jurídica entre la morada y la tumba familiar (...). En materia sucesoria (...) la transmisión estaba reglada de tal forma que no se produjera un reparto de los bienes provenientes de los ancestros (*bes de papoadge* en Bearn). En cada generación, un heredero único, el primogénito (prim) estaba llamado a recoger la integridad del patrimonio y se encontraba instituido por la costumbre esencial de la casa (*cap de l'ostau*) (...). La primogenitura fue el régimen sucesorio de la clase noble en todo el occidente medieval", por tanto, no era exclusiva de los Pirineos, pero allí tenía la característica de la práctica de la primogenitura integral: el primogénito heredaba sin atender al sexo; una hija mayor podía recibir la herencia y dirigir la casa descartando a sus hermanos pequeños (...)" (principio arcaico sólo mantenido en los valles más cerrados de Andorra, de Aure, de Barèges, del Bearn, de Aspe o de Ossau). POUMARÈDE, J. "FAMILIA Y PROPIEDAD EN LOS PIRINEOS DE LA ÉDAD MEDIA AL SIGLO XIX", *IURA VASCONIAE*, 10/2013, 2013, pp. 561-562. TAMBIÉN, BAJO CIERTAS CIRCUNSTANCIAS, LA PRIMOGENITURA LE CORRESPONDÍA A LAS MUJERES EN ANJOU Y MAINE DURANTE EL ANTIGUO RÉGIMEN. ASIMISMO, "LA CASA SE ERIGIÓ EN EL CORAZÓN DE LA SOCIEDAD QUE SURGIÓ DESPUÉS DEL SIGLO XVII" EN EL PREPIRENEO NAVARRO. MORENO ALMÁRCEGUI, A.-ZABALZA SEGUÍN, A. OB, CIT., P. 14.

(29) En este período existió una rica pluralidad de derechos, cuya uniformidad no logró el centralismo de Richelieu sino la Asamblea constituyente revolucionaria de agosto de 1789).

(30) DAVESNES, J.-C. *L'Agriculture assassinée*, ed. de Chiré, Francia, 1989. Señala Poumarède que en la región pirenaica "el *espíritu de la casa* era tan fuerte que los menores que la habían abandonado quedaban siempre considerados como integrantes de la familia... Las costumbres garantizaban en general un derecho de retorno -el *derecho a la silla*-, es decir, la posibilidad de recuperar su lugar a condición de reportar sus ganancias... La suerte de los menores era pues muy precaria... Pero la presión social se ejercía con tal fuerza que estas condiciones de vida eran aceptadas con resignación". Ello

En Bretagne (Francia) los derechos de sucesión no favorecían al hijo mayor sino al menor, el *juveigneur*; era como un derecho de juventud que obligaba a ese hijo o hija (si no había varones en la casa), a permanecer antes de la apertura de la sucesión día tras día bajo el techo paterno a fin de continuar con la explotación del dominio, conservar a los servidores; lo que resultaba más difícil para el hijo casado que había fundado un hogar propio, porque habría introducido un espíritu demasiado nuevo y distinto³¹. La parte reservada a los segundones era vitalicia, por lo que a su fallecimiento los bienes separados del patrimonio familiar volvían a la rama principal.

Asimismo, se suma a los sistemas de heredero único de la zona pre-pirenaica, pirenaica y catalana, el restante derecho foral del norte de España, donde históricamente se ha querido conservar indiviso el caserío y el conjunto de la explotación rural familiar a través de vinculaciones o de una amplia libertad de disposición sucesoria (Aragón, Galicia).

Por el contrario, la legítima de matriz romana se imponía en los reinos de España y Francia en la zona central (*v.gr.* en la región de Castilla y en el centro sur de Francia).

De todas formas, en aquellas regiones de derecho escrito, la división de la herencia en partes iguales marcada por la legítima romano-visigoda, era contrarrestada en Castilla a través de mayorazgos, de vínculos, de la mejora del tercio y del quinto, de matrimonios endogámicos³², etc. Mientras que en el centro-sur de Francia se consintió en la práctica la conservación de la casa intacta, al reconocerse al jefe de familia la libertad de disponer por testamento de manera casi ilimitada decidiendo, en la práctica, el porcentaje de cada hijuela (algo semejante ocurrió en Cataluña hasta el siglo XIX, hasta que comenzó a imponerse un respeto irrestricto de las porciones legítimas)³³.

no obstaba a que, cuando el heredero marcado por la tradición era desheredado o no tenía aptitudes para desempeñar la jefatura de la familia, la herencia fuere rechazada aun por los hermanos menores por considerarse una pesada carga. POUMARÈDE, J. ob. cit., pp. 568-570.

(31) FUNCK-BRENTANO, F. ob. cit., p. 50.

(32) En la España del siglo XI, frente a la división de la herencia en partes iguales, el reino de León mantuvo ciertas condiciones que favorecieron la concentración del patrimonio familiar en todas las clases sociales. La política matrimonial se manifestaba en la endogamia -que posibilitó la re-uniión de las propiedades dispersas por la división hereditaria, en cabeza de un descendiente de un antepasado común a los cónyuges-, en la voluntad de los magnates de conservar el patrimonio y aumentarlo. CARLÉ, M. del C. "Gran propiedad y grandes propietarios en León en el siglo XI", *Cuadernos de Historia de España*, 1973, pp. 1-224, p. 7.

(33) Durante el siglo XIX en Cataluña, dice Ferrer-Alos, los bienes legitimarios, definidos ancestralmente como la cuarta parte de los bienes a heredar, eran es esta nueva etapa de obligado cumplimiento ya que tenían que ofrecerse garantías, lo que incrementaba el interés en reclamar aquello que tocaba; frente a lo que era una práctica habitual de dejar que fueran los padres los que definirían qué dar a los hijos "según las posibilidades de la casa". FERRER-ALOS, LI. "Indicios de cambio en el sistema de heredero único en Cataluña...", ob. cit., p. 488.

En efecto, en las regiones de gran impregnación del derecho foral la legítima que no era respetada en la práctica por los padres, a causa de la fuerza del orden de sucesión consuetudinario y del respeto reverencial y social a la autoridad paterna. Pero a partir del siglo XVIII -al aumentar un criterio igualitario en la distribución de la herencia- comenzó a contemplarse en la praxis hereditaria las porciones legítimas de los hijos menores.

En función de aquello, pese a la vigencia de la legítima en ambos reinos pirenaicos, se conservó bastante el patrimonio familiar unificado. En Castilla, ello se obtuvo con la inveterada *mejora del tercio*³⁴ así como desde el siglo XVI con el *mayorazgo*, mediante la sanción de las Leyes de Toro (ley 40 y ss.).

El mayorazgo en el mundo hispánico fue una institución, fundada por testamento o por contrato, que significó la aplicación de un orden especial de sucesión distinto al régimen normal y, por tanto, importó generalmente la licencia real, por el que se vinculaban generalmente tierras y edificios a perpetuidad, con las características de inalienabilidad e indivisibilidad, a través del cual se nombraba al hijo mayor y sus descendientes (mayorazgo regular) o a otro hijo o pariente -incluso mujeres- (mayorazgos irregulares) que sucedían al fundador y no al antecesor, siendo titular de los privilegios y encontrándose obligado por los gravámenes del vínculo³⁵.

En general, estuvieron ligados al estamento de la nobleza pero, en la Edad Moderna, se fueron multiplicando los llamados “mayorazgos cortos”, fundados por personas de mediano caudal que aspiraban a perpetuar su linaje y el lustre de su Casa, a semejanza de las gentes de más alta alcurnia. En América el mayorazgo no tuvo el auge que gozó en la península salvo principalmente en Perú, México y Cuba³⁶.

(34) Como bien señala Mikelarena el sistema legislativo castellano, hasta la promulgación del Código Civil de 1889, dictaba que “el testador sólo podía reservar un quinto de los bienes patrimoniales... los cuatro quintos restantes... se estructuraban a su vez en tres tercios, de los que dos debían repartirse a partes iguales entre todos los descendientes y el otro tercio podía ir a parar como ‘mejora’ al descendiente que los testadores quisieran (era posible acumular el quinto sobre el tercio en un sólo descendiente)... este recurso posibilitaba la conformación de un régimen sucesorio muy próximo a los regímenes de transmisión indivisa del patrimonio... en el caso de un padre con tres hijos..., un hijo podría percibir hasta un 78% de la herencia total...”. MIKELARENA PEÑA, F. “Estructuras familiares en España y en Navarra en los siglos XVIII y XIX: factores etnoculturales, diferenciación socioeconómica y comportamientos estratégicos”, *Revista de antropología social*, núm. 2, 1993, pp. 117-118. En tanto en Cataluña se legislaba la mejora del tercio en 1284 en el *Recognoverunt Proceres* y se reducía la legítima gótica de 4/5 a casi la mitad (8/15). En el año 1343 en Barcelona se definió la legítima del cuarto que se extenderá a todo el Principado en 1585 con la constitución *Zelant per la conservació de las casas principals*. FERRER-ALOS, LI. “Indicios de cambio en el sistema de heredero único en Cataluña...”, *ob. cit.*, p. 481.

(35) MARILUZ URQUIJO, J. M. *Los Mayorazgos*, Lecciones y Ensayos nº 42, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1969, p. 67.

(36) RAMÍREZ CASTAÑEDA, R. E. *Mayorazgo en el Perú colonial*. Tesis para optar al grado académico de Magister en Historia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2018, p. 99. Alberdi Collantes, respecto al medio rural vasco español, afirma que “el caserío actual, que combina residencia y explotación agroganadera, desaparecerá. La razón inmediata hemos de

En síntesis, muchos de los elementos del antiguo derecho sucesorio occidental, como las vinculaciones, el uso del testamento, el orden de sucesión consuetudinaria, entre otros, constituyen, sin duda, un antecedente del actual régimen sucesorio agrario europeo. Así, el reconocimiento legal del derecho del testador de elegir heredero de la explotación agraria y, en su defecto, el orden de parientes estatuido parece recoger criterios aplicados en las costumbres ancestrales europeas.

Si bien el derecho sucesorio agrario continental tiene como fuente principal la ley y no los usos y la costumbre, como antaño, no obstante contiene normas e institutos que parecen derivarse de las figuras típicas del antiguo derecho regional de Europa y, de esa forma, perviven todavía.

VI. El sistema de heredero único y el “derecho nuevo”. Decadencia del sistema de heredero único. El surgimiento del instituto del heredero privilegiado

La familia troncal tiene una existencia milenaria, a tal punto que Le Play la consideró la institución por excelencia de los pueblos sedentarios. Mikelarena señala que la estructura familiar troncal obedece a la especificidad del sistema sucesorio de heredero único dentro de ciertas peculiaridades etnográficas, culturales y lingüísticas. Hasta el siglo XIX inclusive, en la mayor parte de España, la familia troncal se expandía por algunas zonas gallegas, asturianas y santanderinas así como en Guipúzcoa y Vizcaya, el norte de Navarra, el Alto Aragón, Lérida, Gerona, Barcelona, casi toda Tarragona, las Islas Baleares y también en comarcas de Castellón, Valencia, Rioja y Teruel³⁷.

En la familia troncal los padres asociaban a su autoridad la de sus hijos adultos, a quienes juzgaban como los más aptos para trabajar de consuno con ellos y para continuar, después de su muerte, la obra de la familia. Es decir, el primogénito no era asociado invariablemente. Para retenerlo cerca de ellos y para que aceptara una

buscarla en la apatía por la actividad que demuestra el relevo generacional. Sin embargo, el cambio va ir mucho más allá de una mayor o menor actividad. La desaparición del mayorazgo está provocando la partición de la heredad, situación que en los próximos años se generalizará. El caserío ha llegado relativamente íntegro hasta nosotros pero ahora, una vez reconocida la igualdad de todos los hijos y una vez perdida su función productiva, se subdividirá en pequeñas parcelas con propietarios distintos. A partir de este momento, se reducen las posibilidades de constituir una unidad agroganadera”. ALBERDI COLLANTES, J. C., “Medio rural y abandono de la agricultura: Desarrollo de un ejemplo: el caserío vasco”, *Lurralde, Investigación y espacio*, Nº. 32, 2009, p. 403.

(37) La familia troncal, afirma Le Play, ya estaba establecida sobre el suelo de la Galia desde tiempos remotos. Aun antes del establecimiento de los romanos, tenía por sede principal la región del sudoeste, habitada por los aquitanos. Aquellos pueblos pirenaicos se extendían hasta los ríos Ebro y Duero. En aquella vasta región habitaban los indígenas llamados a sí mismos los “Euskes”. Todavía sus familias se encuentran diseminadas en los departamentos de los Altos y Bajos Pirineos. En España se han conservado sin mezcla en la Alta Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Asegura el estudioso francés que los vascos llevaron a su familia troncal a un grado de perfección que no ha sido alcanzado en ninguna otra región de Europa. LE PLAY, F. OB. CIT., PP. 40-41, 100. MIKELARENA PEÑA, F., ob. cit., p. 111 y pp. 120-127.

vida de dependencia y de deber, lo instituían -al tiempo de su casamiento- heredero del hogar.

Es así que los padres colocaban en el primer rango de los deberes impuestos a su asociado, la obligación de educar a los hijos más jóvenes, de darles una educación en consonancia con la condición de la familia, dotarlos, y establecerlos en la vida según sus gustos (aunque no siempre se haya logrado), dispensándolos de todo deber positivo hacia la casa troncal.

Donde no rige el orden de sucesión consuetudinario el testamento del padre es la ley suprema de la familia. Es generalmente redactado al mismo tiempo que el contrato de matrimonio del heredero (*v.gr.* en Cataluña y en Navarra ha predominado más bien la *donatio propter nuptias* y la concomitante designación del heredero). Confiere el gobierno de la familia a la madre, después de la muerte del testador. Las fórmulas testamentarias constatan frecuentemente que la dedicación de la madre de familia ha creado la prosperidad de la casa. Además, es sobre todo en el campesinado donde se manifiestan con mayor fuerza las costumbres de la familia troncal.

Le Play ha denunciado repetidamente las consecuencias nocivas de la partición forzosa e igualitaria de la herencia. En ese sentido, hizo referencia a algunos hechos históricos que originaron y marcaron la evolución del *partage forcé*.

Según el erudito francés, la familia troncal de Francia ha sufrido, sucesivamente, los males emanados del absolutismo monárquico, los errores del siglo XVIII, las revoluciones desencadenadas en 1789, el materialismo y las costumbres desarregladas desde el siglo XIX. Además, según su parecer, tal tipo de familia queda en Francia sometida, desde el Terror revolucionario y con la promulgación del Código civil, a un sistema de destrucción que tiene su precedente en la ley de la reina Ana de Inglaterra (2, Anne, c. 6), dictada en 1703 por el parlamento inglés para someter a los católicos irlandeses³⁸.

En Francia, señala Poumarède, mediante el decreto de 15 de marzo de 1790 se abrogaron los derechos de primogenitura y de varonía sobre los bienes nobiliarios.

(38) Dicha ley prevé: "Toda propiedad de la cual un papista esté o estará en posesión, será de la naturaleza del Gavelkind. La herencia se atribuirá a todos los hijos de este papista, en partes iguales, y no pasará al mayor de sus hijos (sección 10). Pero si el hijo mayor de este papista es protestante, la propiedad será transmitida conforme a la ley común del reino (sección 12)". En ese sentido, Edmund Burke -según Le Play- vaticinó que en la segunda generación, las familias de los papistas, a pesar de lo respetables que sean y de la considerable fortuna de que gocen, serán ciertamente aniquiladas y reducidas a la indigencia. Aquello ha sido reafirmado recientemente: "Control of inheritances and family structure worked systematically to deplete Catholic landholding and family wealth: the "Popery Act" or "Gavelkind Act" of 1703 declared that property would be equally divided among the owner's sons (thus splintering estates into small, often unusable holdings within two generations) unless the eldest son converted to Protestantism. Catholics were prohibited from inheriting land from Protestants ...". JEFFRIES, L. "Introduction of Penal Laws to Ireland (Late 17th-Early 18th Centuries)", en *Great Events in Religion: An Encyclopedia of Pivotal Events in Religious History*, Curta Florin, Holt, Andrew (edits.), ABC-CLIO, 2016, p. 795.

El decreto de 8 de abril de 1791 estableció la igualdad de los herederos *ab intestato* y el decreto de 7 de marzo de 1793 de la Convención prohibía a los padres de familia la facultad de disponer de sus bienes por testamento. Según sus promotores, la libertad de testar era incompatible con el espíritu de la Revolución, porque los padres usaban del derecho de testar para perpetuar en sus familias sentimientos hostiles al nuevo régimen, de manera que había que luchar contra “el despotismo de los padres”. Era preciso, entonces, al decir de Le Play, consolidar la revolución y destruir la autoridad que los padres pudieran obtener del testamento³⁹.

Luego, el Código civil de 1804 morigeró apenas la restricción a la libertad de testar, de suerte que el régimen de la partición forzosa e igualitaria de la herencia continuó su curso destruyendo las familias troncales de toda clase, como aseveró Le Play⁴⁰.

Además, Napoleón instituyó paralelamente un derecho de primogenitura, con el nombre de mayorazgos, a favor de ciertas personalidades notables afines a su gobierno, a los efectos de instaurar una clase rica de familias troncales y asegurar un nuevo orden social basado en la estabilidad y el esplendor en torno a su persona y al nuevo régimen⁴¹.

(39) Los extractos de las sesiones de aquel día, citados por Le Play, expresan lo siguiente: “N... demande que les testaments faits en haine de la révolution soient abolis. -Mailhe... constate que beaucoup de pères ont testé contre des enfants qui se sont montrés partisans de la révolution” (texto del *Moniteur*). En el mismo sentido lo hizo Prieur. Sin embargo, los mismos partidarios de la Revolución, tiempo después, criticaron los efectos de la división igualitaria. Cambaceres, se eñó entre sus detractores en la sesión del 28/12/1793: “La ley sobre la igualdad en la partición ha ocasionado ya mucho desorden en muchas familias... ustedes han querido golpear las grandes fortunas... pero, la ley siendo general, ha alcanzado a los pequeños propietarios... El discurso de Thuriot también es crítico: La Convención ha creído establecer un gran principio y ha... arrojado una manzana de discordia en todas las familias; litigios sin número será el resultado de esta ley...”. LE PLAY, F. ob. cit., pp. 76-77. POUMARÈDE, J. (2011). “La législation successorale de la Révolution entre l’idéologie et la pratique” en POUMARÈDE, J.-ALLINNE, J.-P. (eds.), *Itinéraire(s) d’un historien du Droit*, Presses universitaires du Midi, Toulouse, 2011, pp. 307-318, apartado 2.

(40) “La Ilustración y en particular el liberalismo reaccionan contra este orden (sucesorio del Antiguo Régimen) y lo modifican en la nueva regulación civil propia de la codificación del siglo XIX. En estos textos queda plasmado el interés por favorecer la libre circulación de la propiedad que permita, sobre todo a la burguesía, acceder a la riqueza y al poder político. Asimismo, se desactivan los mecanismos jurídicos que resguardaban esa concentración y, con la puesta en valor de las legítimas o reservas y la preferencia por la sucesión *ab intestato*, se obliga a una distribución más igualitaria de la herencia entre los herederos. De modo que los pensadores y juristas de la ilustración reivindicaron, sin proponerlo de esta manera y probablemente sin advertirlo, un tipo de familia y unas determinadas reglas que se acercan mucho a las que dieron forma a la familia de la Antigüedad tardía... La familia que ellos querían promover era una de tipo nuclear que no fuera un actor político, como venían siendo los linajes nobiliarios hasta ese momento. En efecto, la familia de la Antigüedad tardía, por razones similares y otras no tanto, tuvo una menor trascendencia política que su antecesora, la familia Romana, y su sucesora, la familia bajomedieval y prerrevolucionaria”. VIAL DUMAS, M., “La herencia en la tradición jurídica occidental...”, ob. cit., p. 39.

(41) LE PLAY, F., ob. cit., p. 78.

En carta de Napoleón I a su hermano José (5/6/1806), donde le recomendaba aplicar su Código civil en Nápoles, le explicaba que deseaba elevar a no más de cien fortunas en París, buscando la atomización del poder y la riqueza del resto de la población por medio de su Código civil. Quedarían sólo las grandes casas que erigiera como feudos⁴².

No obstante, el debilitamiento del espíritu de la casa y del cuestionamiento de las estructuras antiguas ya se encontraba patente en los archivos judiciales y notariales del siglo XVIII, que documentaban los conflictos de la época. “El proceso de su degradación estaba pues muy avanzado mucho antes de la época revolucionaria”⁴³.

Ello no fue óbice para que las familias comenzaran a articular pleitos judiciales contra las nuevas normas sucesorias del *Code Civil* y a utilizar recursos para sortear las trabas de disposición de los bienes hereditarios.

Es así que “a mediados del siglo XIX se continuaba todavía ejerciendo la ‘primogenitura’ pero ya no heredero forzosamente el primer hijo sino, a menudo, el nacido en último lugar”. Fueron utilizados todos los resortes técnicos del Código para favorecer al heredero de la casa: en primer lugar el testamento, pero también donaciones y hasta ventas ficticias... “Pero estas prácticas fueron minoritarias. Menos de la mitad de las sucesiones se regulan así, y su porcentaje disminuye a medida que avanza el siglo XIX. *La conservación de la casa ya no era un principio universal respetado*”⁴⁴.

(42) *Memoires du roi Joseph*, t. II, p. 275, Paris, 1853, citado por LE PLAY, F., *OB. CIT.*, p. 79.

(43) En la zona pirenaica, en el régimen de la primogenitura integral, se restituyó el derecho a los padres de instituir heredero al hijo que ellos eligieran, bajo la reserva de compensar a los condescentes con una legítima calculada según los principios romanos. Poumarède se extraña de que en las poblaciones pirenaicas faltara reacción a medidas tan radicales como la abolición del derecho de primogenitura... “Pero estas mismas poblaciones no estaban... dispuestas a seguir la legislación revolucionaria... en todos sus excesos y a admitir la igualdad inmediata, incluso retroactiva, entre todos los herederos”. POUMÈRADE, J. “Familia y propiedad en los Pirineos...”, *ob. cit.*, p. 570.

(44) POUMÈRADE, J., *Ibid.*, p. 571. Un fragmento del testamento de 1885 del hacendado de Manresa (Cataluña), Ramón Argullol y Serra, muestra a la claras el cuestionamiento que sufría el sistema de heredero único: “Ruego a todos mis hijos muy encarecidamente que no critiquen ni tengan envidia al que de ellos nombraré heredero pues si no reparto entre todos por partes iguales el patrimonio no es por falta de aprecio que tengo a todos, pero deben tener en cuenta el mucho cuidado que he tenido en conservar unido y aumentado el patrimonio de casa Torres de Bages, Argullol y Leon tendría a muchos sentimientos el pensar que hubiese que dividir en tantas partes o porciones, cuando por el contrario dejándolo a uno se sigue la continuación de mis obras y las de mis antepasados que tanto se desvelaron en el aumento, continuación y perpetuidad de su obra. Si así ellos no hubiesen obrado debéis reflexionar que *este patrimonio estaría tan fraccionado* que en lugar del decente dote que ahora os consigno, es más que probable que lo recibiréis muy menguado y humilde como lo sería también el nombre y rango de la casa de donde procedéis y así estimados hijos míos, os ruego una vez más que os estiméis recíprocamente como verdaderos hermanos y que no intentéis nunca el seguir pleito el uno contra el otro, si queréis que subsista eternamente mi paternal bendición”. Lo que es ratificado por el notario Josep de Moragas diez años antes: “las corrientes generales de nuestro país, y sobre todo, nuestra inconsiderada admiración por cuanto se halla aceptado en Francia como bueno, han hecho cundir, hasta en nuestras provincias, ideas poco favorables contra la institución, y algunas personas dejándose llevar por el *sentimentalismo* más

El sistema de heredero único europeo, pues, comenzaba su decadencia en el Siglo de las Luces, aunque particularmente en Cataluña -como afirma Ferrer-Alos- se experimentara aquella época su madurez.

Refiriéndonos someramente a algunos de los múltiples factores que socavaron el sistema de heredero único catalán en el siglo XIX -siguiendo a Ferrer-Alos- por extensión abarcamos los cambios similares que se experimentaron también en el resto de Europa en el ocaso de dicho régimen. Tales transformaciones habrían sido los siguientes:

- a) Las guerras contra Francia y, luego, las guerras carlistas que produjeron una emigración a la ciudad, porque numerosos propietarios rurales la consideraron más segura, de manera que primero establecieron allí una residencia provisoria y después una residencia definitiva. Ello generó la disminución del trabajo directo de la tierra por parte de los propietarios y su consecuente tercerización.
- b) A partir de la Revolución Industrial la ciudad cobró un protagonismo nunca antes visto en siglos anteriores. Paralelamente al magnetismo de las grandes ciudades iba la idea del progreso y de la mejora de las condiciones de vida, Asimismo, surgieron nuevos profesionales y nuevos políticos que demandaron los nuevos servicios urbanos y los nuevos servicios públicos (redes de saneamiento, escuelas, etc.) así como los nuevos centros administrativos y políticos, propios de la nueva estructura del Estado liberal. Esto rompió el equilibrio que había hasta entonces, de forma tal que la vida en la ciudad pasaba a ser vista como mejor que la vida en el campo. Por ello, muchos de los antiguos herederos propietarios dejaron de ser el centro de un mundo para ser su periferia, sobrepasados económicamente y en prestigio social por los segundones, quienes se instalaban en las nuevas y grandes ciudades y abrazaban su novel estilo de vida. Las numerosas alternativas que se ofrecían en la ciudad cuestionaban el sistema tradicional que, además se veía jaqueado por una creciente presión fiscal, particularmente sobre las transferencias hereditarias.
- c) Los debates surgidos en aquél siglo llevaron a considerar que quien poseía el dominio útil era quien debía convertirse en propietario absoluto de la tierra, lo que abría la posibilidad de que los pequeños campesinos que poseían las masías en zonas vitivinícolas o cerealeras bajo regímenes especiales, reivindicaran la propiedad absoluta.
- d) En el siglo XIX también se profundizaron las ideologías igualitarias e individualistas. Según Ferrer-Alos, el liberalismo destaca la iniciativa del individuo para crear riqueza así como -desde una visión romántica- la posibilidad de

que por la razón, hoy discuten y hasta sin apelación *condenan el nombramiento del hereu*" FERRER-ALOS, Ll. "Indicios de cambio en el sistema de heredero único en Cataluña...", ob. cit., p. 498.

desarrollar su vida de acuerdo a su propio destino. Asimismo los movimientos socialistas y anarquistas llevaban a cuestionar los roles sociales según el nacimiento.

- e) Las estrategias matrimoniales en la elección del cónyuge para los hijos también cambiaron. En el siglo XVIII se buscaba la pareja dentro de las familias campesinas, en cambio, a partir de la siguiente centuria ya no se buscaron en los lugares cercanos al pueblo natal sino en nuevas urbes, incluso bien alejadas, y en familias acomodadas o conectadas a las nuevas actividades económicas.
- f) La progresiva caída de la renta agraria provocó, entre otras cosas, el incremento de la dote muy por encima de las posibilidades de la casa.
- g) El desmoronamiento del sistema financiero de la Iglesia, basado en la acumulación de propiedades y en la gestión de créditos (que se concretó a nivel político con la desamortización), eliminó la posibilidad de colocar a los segundones en esta institución.
- h) Fue frecuente que los propietarios rurales se diversificaran y se reorientaran en nuevas actividades económicas (*v.gr.* industria molinera y comercio de algodón).

Dentro del contexto de derrumbamiento de las bases del sistema de heredero único surgió el *pairalismo*, generado por las familias de hacendados, que convertía en virtud y en carácter esencial de Cataluña el sistema de heredero único⁴⁵.

Ahora bien, de todas formas, el orden sucesorio tradicional (en sus diversos mecanismos y estrategias) no sucumbió totalmente ni en las regiones del derecho histórico de España, ni siquiera en Francia, ni en los países donde se aplicaron los principios del *Code Civil* sin cortapisas. Aproximadamente un siglo después de su sanción, en algunos códigos de matriz napoleónica, se desarrollaron institutos que combinaron los principios antiguos con los nuevos (*v.gr.* la *attribution préférentielle* francesa). Esta amalgama jurídica se destaca, sobre todo, en el sistema de heredero privilegiado, en general descodificado y de naturaleza agraria y no civil, que veremos seguidamente.

Se trata de una normativa especial que -como adelantamos- privilegia al heredero único de la explotación agropecuaria a partir del testamento y, en su defecto, a través de un orden sucesorio legal (aunque a veces éste prevalezca sobre el primero).

Ya no se está en presencia de un derecho principalmente consuetudinario sino de un régimen con múltiples influencias de fuentes, donde prima el derecho

(45) FERRER-ALOS, LI. "Indicios de cambio en el sistema de heredero único en Cataluña...", ob. cit., pp. 485-504.

positivo que parece conceder fuerza a usos y costumbres locales (como si fuera un reconocimiento tácito de la costumbre *secundum legem*), tan vivos en el medio agrario.

De acuerdo a la fina observación de Le Play la familia troncal, con solar familiar indiviso y heredero único, se extendía aun en la Europa del siglo XIX en los Estados escandinavos, en Holstein, en Hannover, en Wesfalia, en el gran Ducado de Baden, en Wurtemberg, en Baviera meridional, en Salzburgo, en Vorarlberg, en Carintia, en el Tirol⁴⁶, en los pequeños cantones católicos suizos, en el norte de Italia⁴⁷, en España, en Portugal en la montaña noreste y en las zonas rurales de Francia. Analizaremos la legislación específica de los países que coinciden con aquellas regiones señaladas por Le Play: Noruega, Finlandia, Alemania, Austria, Italia, España, Francia, Eslovenia, etc.⁴⁸.

Es un indicador interesante que allí donde Le Play indicó que la familia troncal y el sistema de heredero único coexistieron, también subsiste en la actualidad el sistema de heredero privilegiado del establecimiento rural familiar.

El heredero privilegiado -se podría decir- que viene a ser un sucedáneo del antiguo heredero único; es privilegiado porque le es adjudicada prioritariamente a él la explotación rural: sin embargo, al no ser heredero único debe pagar las cuotas legitimarias a los restantes herederos. No obstante, como ocurría en el pasado, conforme a una legislación especial continúa siendo ordinariamente el único sucesor de la explotación rural.

VII. El sistema de heredero privilegiado en el actual derecho agrario europeo

Como hemos señalado, el heredero privilegiado es, generalmente, el heredero de la explotación rural elegido por el testador o, en su defecto, designado por ministerio de la ley según un específico orden de parientes. El sistema, en general, conjuga el uso del testamento y el respeto de las legítimas.

El sistema sucesorio llamado de heredero privilegiado difiere del sistema secular del heredero único, entre otras razones, porque no sólo algunas legislaciones especiales prevén un orden de prelación para la elección de dicho heredero sino porque también admiten más de un heredero como adjudicatario de la explotación.

(46) Carintia, Tirol y el norte de Eslovenia pertenecieron al ducado de Carintia (dinastía de los Habsburgo), que formó parte del Sacro Imperio Romano Germánico y, luego de Austria-Hungría hasta 1919.

(47) El norte de los Apeninos, los altos valles alpinos y Lucca, que en el siglo XIX pasó de los Bonaparte a la casa de Borbón Parma (ducado de Toscana), para unificarse finalmente al reino de Italia.

(48) LE PLAY, F., ob. cit., p. 96 y pp. 113-114.

A continuación, señalaremos brevemente los aspectos centrales de los regímenes de heredero privilegiado en el derecho especial agrario de Europa, donde especialmente los aspectos que enlazan con la precedente figura del heredero único.

A. España

Empecemos por el reino de España que tiene un riquísimo régimen jurídico, tanto en su Código Civil como en su legislación foral. No se equivocaba Le Play, hace más de un siglo y medio cuando destacaba las costumbres de la familia troncal pirenaica, fundamentalmente la vasca.

El derecho histórico del norte español (zonas pirenaica, cantábrica y levantina) también influyó en la legislación nacional al receptarse en el Código Civil español (CCEsp) disposiciones legales propias del derecho foral de aquellas regiones. Un ejemplo de ello es el *principio de la troncalidad*, que se recoge en el art. 811 de dicho ordenamiento normativo y que persigue resguardar los bienes de abolengo⁴⁹.

Asimismo, la *casa patrucial* y el *lugar acasurado en Galicia* son expresión del derecho foral de la región, recogidos en la ley 2/2006 del 14 de junio (DCG)⁵⁰.

En tanto, el *heredamiento* en el derecho catalán ha continuado con su costumbre multiseccular del heredero único. Es ajena al Derecho romano y se ha insertado, con ciertas dificultades, en un sistema de corte romanístico⁵¹. Consiste en un pacto sucesorio mediante el cual el heredante confiere el carácter (inalienable e inembargable) de sucesor universal a uno o a varios herederos, entre cuya totalidad de bienes

(49) Reserva troncal (Artículo 811 CCEsp): “El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”. El Derecho Civil vasco reconoce también un mecanismo tradicional, análogo a la reserva troncal, en el *derecho de saca* (Ley 5/2015, de 25 de junio, Derecho Civil Vasco – LCDV). En efecto, cuando se enajena a título oneroso un bien troncal a un extraño a la troncalidad, el art. 72 establece a favor de los parientes tronqueros un derecho de adquisición preferente de dicho bien, a fin de preservar los bienes en la familia, en virtud del principio de la troncalidad (acción de saca foral, art. 83 LCDV). En el mismo LCDV, se reconocen el usufructo poderoso, el caserío guipuzcoano.

(50) La adjudicación íntegra puede realizarse sobre el lugar acasurado o sobre una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril (artículo 219.1 DCG). El Derecho Civil de Galicia siempre ha buscado “la importancia tradicionalmente atribuida a la casa y a su continuidad en el sistema sucesorio y económico-familiar gallego (...) en los que la casa se encontraba institucionalizada en la conciencia de los labradores de la Región (...) con la finalidad de protegerla y vigorizarla, se rendía por los labradores un culto ritual intenso, enormemente rico e insistente; un culto devoto para que el prestigio familiar no decayese, y para que el patrimonio familiar se mantuviese sin fraccionar”. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P. “La ‘casa’ en Galicia. Notas características y apuntes históricos sobre la regulación normativa de su indivisibilidad”, *AFDUDC*, N° 13, 2009, pp. 681. Y LALINDE ABADÍA, J. “La problemática histórica del heredamiento”, *Anuario de historia del derecho español*, N° 31, 1961, p. 214.

(51) TORT-MARTORELL, C. “Sobre el heredamiento como excepción a los principios romanos de derecho sucesorio en el vigente Código civil de Cataluña”, *Fundamina*, vol. 20, N° 2, 2014, p. 925.

puede incluir, obviamente, la empresa agropecuaria familiar (artículo 431-18.1, Código civil de Cataluña). Previamente a la sanción de dicho código, sólo podía practicarse en capítulos matrimoniales⁵².

En tanto, el artículo 1056 del Código civil español permite la transmisión indivisa de la empresa⁵³.

Asimismo, las *sustituciones fideicomisarias* previstas en el CCEsp (artículo 781) y, con gran alcance en Navarra (ley 224, Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), es también una institución útil para la continuación del establecimiento rural en la familia. Hasta el segundo grado o las que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador en el CCEsp y hasta el cuarto llamamiento en Navarra.

El Fuero de Navarra es una expresión de aquella larga tradición jurídica cimentada en la familia troncal y en el espíritu de la Casa. No obstante, el Fuero Nuevo de Navarra sufrió modificaciones en 2019 que reflejan la influencia individualista que introdujo recientemente el legislador y que se expresa en su Preámbulo: “El acercamiento del Fuero a la sociedad navarra pasa así por su necesaria apertura a otros modelos de vida en los que la *institución jurídica de la Casa* y sus principios, *fundamento de la amplitud de la libertad civil en el ordenamiento jurídico navarro*, ceda el protagonismo a la Persona titular de esa libertad y le permita en su ejercicio optar por otras alternativas vitales de distinto orden en las que encuentre reflejo y consecuente respuesta jurídica”⁵⁴.

(52) LALINDE ABADÍA, J., ob. cit., pp. 213-220.

(53) La parte pertinente de dicho artículo establece: “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera *preservar indivisa una explotación económica* o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia (...)”.

(54) Con todo, aún se mantienen los principios basales del derecho histórico: a) La “tradición jurídica navarra”, en cuanto expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho privado foral de Navarra, según un orden de leyes históricas, cuyo último fundamento es el “Derecho romano en lo que haya sido recibido” (Ley 1, ap. 2º); b) La “costumbre” establecida y asentada en la realidad social navarra, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito siempre que no se oponga a la moral o al orden público (Ley 3, ap. 1º).

B. Italia

En Italia han surgido figuras de neto corte agrarista como el patrimonio familiar, la *unità colturale* (unidad mínima indivisible de cultivo para una familia agrícola, prevista en el derogado artículo 846 del *Codice Civile*) y su subespecie, la *unità poderali*, (ley 1078 de 03/06/1940). Ésta prevé -en el marco del derecho de colonización-, la asignación a agricultores directos de unidades agrícolas indivisibles, asignables al heredero designado por el testador o a uno de los coherederos que esté dispuesto a aceptar su atribución y sea idóneo para asumir su ejercicio, con la obligación de compensar a los coherederos no adjudicatarios.

Asimismo, dentro del marco de la legislación agraria, se encuentra la unidad mínima de terreno, prevista en el artículo 7 del decreto legislativo N.º 99 de 29/03/2004, relativo a la conservación de la integridad del fundo, y que admite una atribución preferencial al heredero que lo requiera (en determinadas circunstancias), con el consiguiente crédito a favor de los herederos no adjudicatarios.

Pero, sin duda, el instituto más relacionado con el antiguo sistema de heredero único es el que tradicionalmente ha tenido vigencia en la provincia de Bolzano, en el actual Tirol italiano. Dicha provincia prevé (*Legge sui masi chiusi* de 2001), el régimen especial del *maso chiuso*⁵⁵.

El *maso chiuso* o finca cerrada (*Geschlossener Hof*) tiene origen en una costumbre de origen germánico en el Alto Tirol y privativa de esta región.

Se trata de una unidad indivisible que debe ser asignada a un único heredero, el *Anerbe* (artículo 1). El testador puede designar el adquirente del *maso*, quien puede no ser un heredero forzoso, y que se convierte en deudor del patrimonio hereditario por el valor de la finca respecto de los coherederos no adjudicatarios.

En la sucesión *ab intestato*, los coherederos pueden designar el adquirente por mutuo acuerdo, y en su defecto, el juez, siguiendo el orden de preferencia establecido en el art. 14 de la ley, prefiriéndose -entre los muchos supuestos- a los coherederos que han crecido o participado habitualmente en la conducción y producción de la finca (artículo 14, a y b)⁵⁶.

La palabra *maso* deriva del latín (*mansus* y *mansum* derivan del término *maneo* que significa permanecer, quedarse; *domi*, en casa)⁵⁷. De ahí vienen las palabras usadas en el occidente europeo como *masía* en el este de España (Cataluña, Valencia, Aragón); *mas* también en la región catalana desde el siglo XIV y en el *Midi* y sur de Francia, así como también en esta última *mansion*, *maison*, *manoir*; *manse* en Escocia, etc. Evidentemente, tienen una raíz romana que les imprime un significado común:

(55) L.P. 28/11/2001, n. 17.

(56) CHIKOC BARREDA, N., ob. cit., p. 139.

(57) DICCIONARIO ILUSTRADO LATINO-ESPAÑOL. ESPAÑOL-LATINO, Vox, Larousse editorial, Barcelona, 2010, pp. 291-292.

Casa de campo con tierras de labor y, en ocasiones, con instalaciones dedicadas a la explotación agropecuaria.

El origen del término *chiuso* (cerrado) es más incierto. Para algunos, se explica a raíz de los campos y bosques que rodean la casa y sus accesorios; para otros, más correctamente, por el hecho de su indivisibilidad. Lo cierto es que el término gozó siempre de popularidad y vigencia. De algún modo, con estas características, la granja podía compararse con el castillo nobiliario y confería dignidad social a quienes la poseían⁵⁸.

El instituto procede del derecho germánico y se introdujo en el Tirol hacia fines del siglo VI. La comunidad formada por los pueblos bárbaros de origen germánico regulaba y supervisaba la distribución a cada cabeza de familia, de una porción de tierra arable con todos los accesorios (madera, pasto, etc.), suficientes para el mantenimiento de una familia numerosa con toda la servidumbre. La unidad de medida de esta porción era el Hufe, cuya extensión no era fija, sino que variaba según la calidad del suelo, la cantidad de tierra disponible y las necesidades de las distintas familias. La propiedad de la tierra, teóricamente de la comunidad, permaneció de hecho en la disponibilidad del agricultor siempre y cuando garantizara su función comunitaria⁵⁹.

El sistema hereditario germánico consideró que, para aumentar la rentabilidad de la tierra y vincular al campesino a su territorio, era necesario que la unidad agraria no se fragmentara cada vez que muriera el cabeza de familia. La conservación de la integridad de la finca, su capacidad para producir y mantener un cierto número de personas, debía prevalecer sobre los derechos de los hijos.

Según una costumbre secular era preferible el sacrificio familiar en lugar de la generación de problemas sociales. Sin duda, sostienen Moeri y Hintner, la vida del heredero excluido era dura y corrían la misma suerte que todos los herederos que no resultaban adjudicatarios de la finca familiar en el régimen de heredero único, al que ya nos hemos referido⁶⁰.

La regla consuetudinaria prescribía que el heredero que debía asumir la herencia del *maso* era el hijo mayor (derecho de mayorazgo) pero, en algunas áreas (el territorio de Brenner), la costumbre consistía en asignar la finca al hijo menor, en vista a que si el dueño de la finca vivía demasiado, el hijo menor tenía mayor perspectiva de vida para sí y para sus hijos⁶¹.

(58) MORI, E.-HINTNER, W. *Il maso chiuso. La sua storia e la normativa vigente*, Università Popolare delle Alpi Dolomitiche, Fondazione UPAD, Bolzano, 2013, p. 6.

(59) MORI, E.-HINTNER, W., *Ibid.*, p. 6.

(60) MORI, E.-HINTNER, W., *Ibid.*, pp. 6-8.

(61) MORI, E.-HINTNER, W., *Idem*.

La regla germánica tendiente a preservar la propiedad agrícola en su conjunto se ha aplicado, de diversas formas -sostienen los autores en consonancia con lo observado por Le Play en el siglo XIX-, desde los países nórdicos hasta los Alpes.

En el Tirol (y con variaciones en Carintia) encontró su construcción más estable y típica. Allí el *maso chiuso*, regulado consuetudinariamente durante largos siglos, fue oficialmente previsto por la *Tiroler Landesordnung* de 1526, así como por patentes imperiales emitidas entre 1770 y 1795 (por María Teresa en este último caso) y, finalmente, por la Ley provincial tirolesa núm. 47 de 12 de junio de 1900, que permaneció en vigor, en los territorios transferidos a Italia, hasta 1929. De ahí en más, fue normado sucesivamente hasta nuestros días.

Según los autores mencionados son obvias las ventajas del sistema de *maso chiuso*, algunas de las cuales son las siguientes: 1) previene la pulverización tras la venta de tierras individuales o divisiones de herencia, teniendo en cuenta que una fragmentación excesiva es muy dañina porque dificulta el cultivo racional, termina por abandonarse las tierras menos productivas, obstaculiza la cooperación entre varios propietarios en vista de mejoras comunes; 2) favorece la continuidad en la posesión de la finca, y por tanto su buena conservación y cultivo; 3) presupone y consolida un vínculo familiar muy fuerte; 4) favorece el cultivo directo, incluso en áreas inaccesibles (algunas a más de 2000 m sobre el nivel del mar); 5) crea una clase de campesinos ligados a su propia finca, guardianes naturales del medio ambiente⁶².

Según el censo realizado en el sector agrícola en 2010, en Tirol del Sur hay aproximadamente 20.200 explotaciones de las cuales unas 13.300 son *maso chiuso*⁶³.

C. Austria

En Austria como en Alemania, la legítima ha sido un crédito contra el caudal hereditario, lo que ha otorgado una flexibilidad suficiente para conservar la integridad de la explotación, a través de la libertad de atribución (*v. gr.* legado, donación, etc.) y por la facilidad de su pago en dinero. En ambos ordenamientos se ha permitido también los pactos sucesorios amplios (párrafos 1233, 1252 del ABGB, Código Civil General austríaco, y el párrafo 2274 y siguientes en el Código Civil alemán, BGB)⁶⁴.

(62) MORI, E.-HINTNER, W., *Ibid.*, p. 9.

(63) Conf. <https://www.provincia.bz.it/agricoltura-foreste/agricoltura/maso/il-maso-chiu-so.asp>. Entre 2003 y 2012 el 81% de los masos chiusos pertenecían a propietario único (de los cuales el 88% a varones y 12% a mujeres) y el 17,3% a condominio de personas físicas. MORI, E.-HINTNER, W., *Ibid.*, p. 14.

(64) DE LOS MOZOS, J. L. y otros. *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario*, Servicio de publicaciones agrarias, Ministerio de Agricultura, Madrid, 1977, p. 278. SCHÖN, E. "La actividad notarial en los medios rurales y urbanos", *Revista Notarial*, N° 957, 2007, p. 844.

La ley agraria del Tirol de 1900 ha tenido una fuerte tradición jurídica, extendida en 1903 a otras regiones del imperio austrohúngaro, como Carintia y Bohemia. Sufrió varias modificaciones, entre ellas la de la ley del 1 de enero de 1990 que derogó el privilegio masculino (preferencia de los hijos por sobre las hijas) y el derecho preferente de los mayores en edad por encima de los más jóvenes (como hemos visto, antiguas costumbres de la familia troncal).

En 1958 se aprobó a nivel federal una ley de herencia, similar a la del Tirol. En efecto, se trata de la Ley Federal austríaca del 21 de mayo de 1958, sobre regulaciones especiales para la partición hereditaria del patrimonio rural, de aplicación general salvo para las regiones de Carintia y Tirol.

Erwin Schön, sostiene que “debido a la falta de una conveniente previsión del causante, se recurre a la ley para poder determinar el heredero rural único (...) el sistema de heredero rural único prevé soluciones para los demás herederos y sus reclamos justificados. En Austria (...) el sistema del heredero rural único regula este ámbito jurídico de sucesión en derechos singulares mortis causa; sin embargo, debido a las circunstancias históricas existen leyes especiales en los estados federados de Tirol y Carintia: el derecho tirolés de la hacienda agrícola (Tiroler LGBl 1900/47 en la redacción BGBl 1989/657) y el derecho sobre el patrimonio familiar de Carintia (BGBl 1989/658 en la redacción BGBl I 2003/112)”⁶⁵.

En la referida ley federal de 1958, los artículos 10 a 14 prevén la asignación del patrimonio ancestral (rural) a un heredero, debiendo el heredero a quien se le asignó el patrimonio, realizar el pago de la indemnización a los restantes herederos no adjudicatarios de la explotación agraria, quienes pueden reclamar la indemnización correspondiente en dinero, salvo que el Tribunal de Sucesiones autorice otras formas de satisfacción. Por otra parte, se contempla una pensión para los descendientes menores del causante y para el cónyuge supérstite, que reviste la condición de heredero.

D. Alemania

Tuvieron vigencia en Alemania, institutos como el *geminderschaft* (comunidad doméstica/comunidad continuada); el *anerbenrecht*, artículo 2049 del BGB (Código civil alemán), que estableció en 1900 la regla de que el testador podía transferir la unidad de cultivo a un solo heredero; el *erbhof* (patrimonio familiar vinculado) que, por ley de 1933, fue un patrimonio familiar agrícola, como patrimonio separado, indivisible, atribuible a un heredero único conforme a la antigua máxima *der Bauer hat nur ein Kind* (el campesino sólo tiene un hijo) y, por último, el fideicomiso de familia⁶⁶.

(65) SCHÖN, E., ob. cit., p. 845.

(66) DE LOS MOZOS, J.L. y otros, ob. cit., pp. 267-269.

Asimismo, en virtud de la ley *Höfeordnung* (24/04/1947), reguladora de la explotación agrícola o forestal, ésta (*Hofe*)⁶⁷ es transmitida a un solo heredero (artículo 4) según el orden de parientes establecido en el artículo 5, en defecto de designación contraria del testador⁶⁸, correspondiendo a los demás una participación en valor, proporcional a sus cuotas hereditarias (artículo 12).

Su aplicabilidad en contra de la ley sucesoria general tiene lugar en virtud del artículo 3.a.II de EGBGB (Ley introductoria al Código Civil), al ser considerado un estatuto especial (*Einzelstatut*) que prima sobre el estatuto general *Gesamstatut*⁶⁹.

Finalmente, el Código Civil alemán (BGB) establece unos derechos de adquisición preferente sobre una parcela rural (derechos de prelación), previstos en el párrafos 1094 y ss. del BGB.

E. Eslovenia

El artículo 7 y ss. de la ley sobre la empresa agraria de 7/12/1995, establece que el testador puede designar solamente un heredero, o excepcionalmente dos, dentro de un círculo de personas predeterminadas legalmente (cónyuge o conviviente civil, padre o madre, o hijo), a falta de los cuales la designación testamentaria es nula. Esta ley prevé las condiciones especiales que debe reunir el sucesor en la explotación, tanto por vía testamentaria como *ab intestato*⁷⁰.

F. Noruega

Noruega, entre los países escandinavos, ha tenido una de las más sólidas tradiciones rurales, en las que el padre de familia transmitía a uno sólo de sus hijos su "pequeño reino".

Sociólogos como Le Play, Demolins y Bureau han estudiado, en el siglo XIX y principios del XX, la organización rural familiar de aquel país y la transmisión indivisa de la explotación agropecuaria a un único heredero⁷¹.

(67) Según dicha ley la *Hof* se ubica en el área de los estados de Hamburgo, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia y Schleswig-Holstein.

(68) En este régimen de explotación agraria el propietario puede determinar libremente *mortis causa* el heredero del patrimonio o entregarle el patrimonio mediante una sucesión anticipada inter vivos; dichos actos reciben el nombre de "acuerdos de transferencia" (artículo 7). Si el testador no hace ninguna otra disposición, los herederos son nombrados por ley en el siguiente orden: 1º los hijos del testador y sus descendientes; 2º el cónyuge del testador; 3º los padres del testador, si la granja proviene de ellos o de sus familias o ha sido adquirida por sus medios; 4º los hermanos del testador y sus descendientes (artículo 5).

(69) CHIKOC BARREDA, N., ob. cit., p. 140.

(70) CHIKOC BARREDA, N., ob. cit., p. 139.

(71) Demolins refirió una conversación a bordo de un navío noruego con el capitán del buque. Éste no había sido elegido por el padre como heredero de la finca familiar. Sin embargo, el marino

Según Lindstad, en el país escandinavo, la compra y venta de propiedades agrícolas y forestales es común dentro de las familias. De acuerdo con las estadísticas de Noruega, nueve de cada diez nuevos propietarios son familiares cercanos de los vendedores (hijos, nietos, sobrina o sobrino).

La ley Nº. 58 sobre Derechos Alodiales (*Odelstloven*) de 28/06/1974, es la principal regulación de las transferencias “en familia” de dichas explotaciones. Establece que en el rango de los herederos, el hijo mayor del propietario actual ocupa el puesto más alto, seguido por los hermanos de ese hijo, según la fecha de nacimiento, y luego los hermanos y hermanas del propietario actual. La ley también establece las obligaciones del nuevo propietario de vivir en la granja durante al menos 5 años y mantener las tierras en producción⁷².

Además, en el régimen específico del *Asetesretten* la explotación agraria es atribuida imperativamente a un solo heredero, dentro de los descendientes del *de cuius*. Asimismo, otorga a los hijos y a otros parientes cercanos el derecho de comprar la granja a precios inferiores a los del mercado⁷³.

G. Finlandia y Bélgica

La legislación específica de Finlandia y de Bélgica, como ya adelantamos, encaja mejor dentro del instituto de la atribución preferente, porque el interesado debe solicitar la adjudicación de la explotación agrícola.

El Código de sucesiones finlandés (artículo 25, sección 1b.1) prevé el derecho del heredero -testamentario o *ab intestato*- que posee la competencia necesaria para continuar la explotación (granja u otro inmueble o parte de otro inmueble perteneciente a la finca del causante), de solicitar su atribución preferente, salvo que el causante

señalaba que el padre hacía lo que le parecía mejor con la herencia, al elegir a cualquier hijo para dejarle el barco de pesca o el dominio rural. Afirmaba que los hijos no son todos iguales: unos tienen más suerte o más cualidades que otros. La apreciación del padre es más equitativa pues contrapesa, para cada hijo, las desigualdades de la naturaleza. Ella restablece el equilibrio y tiene como resultado dar a cada uno la ayuda proporcionada a sus necesidades. DELASSUS, H. *L'esprit familial dans la maison, dans la cité et dans l'État*, Descleé, De Brouwer, Lille, 1910, pp.124-125. En tanto, cuando Bureau visitó los fiordos noruegos, estuvo en Masfjord donde tomó contacto con la familia de Bersvik. Al menos desde 1750 la finca se mantuvo en dicha familia y la transmisión se ha realizado siempre de padre a primogénito, salvo en una generación en que una hija recibió la explotación agropecuaria (*gaard*). BUREAU, P. *Le Paysan des fjords de Norvège. Étude de Science Sociale*, monografía impresa, París, 1906, pp. 41-42.

(72) LINDSTAD, B. H. “A Comparative Study of Forestry in Finland, Norway, Sweden, and the United States, with Special Emphasis on Policy Measures for Nonindustrial Private Forests in Norway and the United States”. *U.S. Department of Agriculture Pacific Northwest Research Station*, 2002, pp. 10-11.

(73) LINDSTAD, B.H., *Ibid.*, p. 11. CHIKOC BARREDA, N., ob. cit., p. 140.

haya estipulado lo contrario o que los herederos hayan acordado otra forma de distribución⁷⁴.

El sucesor agrícola de la granja deberá compensar en dinero a los otros herederos o beneficiarios universales con un monto correspondiente a sus acciones o al déficit de estas, en un plano no mayor a dos años.

Mientras que la *Loi du 29 août 1988 relative au régime successoral des exploitations agricoles en vue d'en promouvoir la continuité* del reino de Bélgica, establece en el artículo 1 que cuando una sucesión comprenda la totalidad o una parte de la explotación agrícola, cada uno de los herederos en línea descendente del causante (entre ellos preferentemente el que la explotaba de manera efectiva), podrán recuperar (*droit de reprise*) los bienes muebles e inmuebles que constituyen la explotación agrícola según un orden (artículo 3) en el cual, en ciertos supuestos, prevalece la designación legal por sobre la realizada por el testador (inciso b). Si varios herederos de una misma categoría prioritaria reivindican el beneficio de la ley, podrán hacer la recuperación de la explotación de manera conjunta.

VIII. Conclusión

El derecho de sucesión de la finca familiar a lo largo del tiempo, parece haberse mantenido con ciertas constantes. Ha debido sortear el obstáculo de la legítima (y a veces porciones legítimas grandes), pero ha tenido continuidad en preservar la indivisión de la explotación rural y su adjudicación por ley o por testamento a un único heredero.

El imperio de la realidad concreta, el criterio de rentabilidad económica, la adaptación de institutos históricos junto con la conciencia tradicional, ha permitido la pervivencia fáctica y jurídica del instituto del heredero único a través de la figura actual del heredero privilegiado, de manera análoga a como el hijo hereda rasgos, gestos e ideas de sus padres, aunque sea una persona distinta de sus progenitores.

Afirma Vial Dumas que “hoy, algunas de las *nuevas figuras* que emergen en el horizonte legislativo *proviene del Antiguo régimen o de rastros suyos* que sobrevivieron en alguna legislación particular; otras son nuevas formulaciones que se le asemejan mucho. Así, se habla hoy, otra vez, de pactos sucesorios o de supresión de las legítimas o de legítimas con finalidad asistencial o de *soluciones a la sucesión de empresas familiares que evitan la dispersión patrimonial*. La verdad es que no es relevante el hecho de que exista o no un *parentesco entre esas antiguas y las nuevas*, desde una perspectiva antropológica *interesa ver cómo esas instituciones responden a intereses sociales* semejantes que demandan del derecho *soluciones eficaces en cada tiempo*”⁷⁵.

(74) CHIKOC BARREDA, N., *IDEM*.

(75) VIAL DUMAS, M. “La herencia en la tradición jurídica occidental...”, *ob. cit.*, p. 39.

Lo expresado sintéticamente por Vial Dumas es de gran interés. En primer lugar, porque reconoce el nexo causal entre las figuras del Antiguo Régimen con las del actual derecho sucesorio occidental.

En segundo lugar, porque también alude al cuestionamiento que se viene realizando en los últimos años a las legítimas, en línea con una ampliación de la libertad de testar, por diferentes motivos, uno de ellos a fin de evitar la dispersión del patrimonio familiar.

En tercer lugar, porque existen intereses sociales que se repiten, o más bien, que continúan históricamente, a los que corresponde brindar soluciones actuales dentro de un contexto de desafíos que constituyen los vertiginosos cambios institucionales, el avance tecnológico sobre la vida diaria y las necesidades colectivas del presente. Pese a una realidad socio-ambiental que parece estar en permanente transformación, en nuestro tiempo se repiten -en circunstancias básicas idénticas- las demandas sociales. Una de ellas es la solución del problema de la continuidad de la explotación rural familiar y el desarraigo.

En cuarto lugar, si bien coincidimos con el autor que es superficial detenerse en indagar un parentesco entre las instituciones antiguas con las nuevas, sin embargo destacamos la importancia de la tradición jurídica en tanto indicadora de una continuidad institucional, valorable para la estabilidad social, para la seguridad jurídica y como signo de identidad de un pueblo, de su talante y de sus peculiaridades.

Además, el estudio de los microsistemas regulados por la actual legislación especial vistos a la luz de las antiguas instituciones agrarias, contribuye a comprender mejor el derecho sucesorio agrario en un marco amplio y con una visión integral e integradora, que puede perderse de vista desde la perspectiva acotada de la especialización. Pensamos que significa un aporte para resolver dificultades que aparecen de forma constante y que abre el abanico de respuestas.

El “heredero privilegiado”, pues, viene a intentar el aparentemente inconciliable equilibrio entre la distribución igualitaria de la herencia (a través del respeto de las legítimas) y la conservación íntegra de la explotación agropecuaria familiar.

El instituto parece haber evolucionado según lo aconsejado en cada época. Pero la matriz del instituto parece haberse mantenido invariable durante un milenio.

La tradición, aunque sufra mutaciones en aspectos menores, *sigue un patrón*, tiene una *dependencia de la trayectoria*. Ya que, como se ha afirmado, “las fuerzas que alteran las sociedades afectan necesariamente a los sistemas jurídicos, pero en formas que están determinadas por las experiencias anteriores. El cambio es un signo de vida continua”⁷⁶.

(76) MERRYMAN, J. H. - PÉREZ PERDOMO, R. *La tradición jurídica romano-canónica...*, ob. cit., p. 265.

Porque la tradición, por más que aparezca como opuesta a la innovación, es en sí misma algo vivo, importa una acción y, por consiguiente, está en constante movimiento. Por eso se ha dicho que la verdadera tradición implica un progreso hereditario, es decir, que aumenta el desarrollo material y cultural humano con la entrega generacional sucesiva.

En suma, hemos intentado ofrecer algunos aspectos similares tanto de la experiencia del viejo sistema de heredero único como del actual régimen del heredero privilegiado europeo que evidenciarían un cuño común. Además, los sistemas particulares de la actual legislación especial, por fuera de los códigos, brindan resultados dignos de tenerse en cuenta en los actuales sistemas jurídicos de derecho común, todavía abroquelados en los dogmáticos, uniformes y rígidos regímenes sucesorios de los códigos civiles del siglo XIX.

IX. Bibliografía

- ALBERDI COLLANTES, Juan Cruz. "Medio rural y abandono de la agricultura. Desarrollo de un ejemplo: el caserío vasco", *Lurralde, Investigación y espacio*, N.º. 32, 2009, pp. 395-404.
- ALFONSO X. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo II, Partida 2ª. y 3ª, Ediciones Atlas, Imprenta Real, Madrid, 1807, edición facsimiliar, Madrid, 1972.
- BUREAU, Paul. *Le Paysan des fjords de Norvège. Étude de Science Sociale*, Monografía impresa, 1906, París. Disponible en: <https://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb31890424v>. Fecha de consulta: 24/06/2020.
- CARLÉ, M. del C. "Gran propiedad y grandes propietarios en León en el siglo XI", *Cuadernos de Historia de España*, 1973, pp. 1-224.
- CHIKOC BARREDA, Naiví. "Reflexiones sobre los orígenes especiales en Derecho Internacional Privado Sucesorio según el Reglamento Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, N.º 1, 2014, pp. 121-146. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1913-1437-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1913-1437-1-PB%20(2).pdf). Fecha de consulta: 03/06/2020.
- CRUZ CRUZ, Juan. "Tradición efímera y tradición eterna, según Unamuno", disponible en: <https://www.leynatural.es/2013/09/23/tradicion-efimera-y-tradicion-eterna-segun-unamuno/>. Fecha de consulta: 15/5/2023.
- DAVESNES, Jean-C. *L'Agriculture assassinée*, ed. de Chiré, Francia, 1989.
- DELASSUS, Henri. *L'esprit familial dans la maison, dans la cité et dans l'État*, Desclée, De Brouwer, Lille, 1910. Disponible en: <https://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb32008697f>. Fecha de consulta: 24/06/2020.
- DE LOS MOZOS, José L. y otros. *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario*, Servicio de publicaciones agrarias, Ministerio de Agricultura, Madrid, 1977.
- DICCIONARIO ILUSTRADO LATINO-ESPAÑOL. ESPAÑOL-LATINO, Vox, Larousse editorial, Barcelona, 2010.

- FERRER-ALÒS, Llorenç. "Estructura agraria, familia troncal, mercado de trabajo y redes sociales en el mundo rural, Cataluña siglos XVIII-XIX", *Mundo Agrario*, 19 (40), e079, 2018. Disponible en <https://doi.org/10.24215/15155994e079>. Fecha de consulta 9/11/22.
- FERRER-ALÒS, Llorenç. "Indicios de cambio en el sistema de heredero único en Cataluña en el siglo XIX", *Historia Contemporánea*, Nº. 31, 2005, 481-504.
- FERRER-ALÒS, Llorenç. "Sistema hereditario y reproducción social en Cataluña", *Mélanges de l'École française de Rome. Italie et Méditerranée*, tome 110, nº1, 1998, pp. 53-57; disponible en: https://www.persee.fr/doc/mefr_1123-9891_1998_num_110_1_4535. Fecha de consulta: 9/11/22.
- FUNCK-BRENTANO, Frantz. *El Antiguo Régimen*, 1ª. Edición, Ediciones Destino, Barcelona, 1953.
- FUSTEL DE COULANGES, N. D. *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, 10ª edición, editorial Porrúa, México, 1998.
- GAMBRA, Rafael. *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, Ediciones Nueva Hispanidad, 2011.
- GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español. I. El origen y la evolución del derecho*, Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1964.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.
- HERRERA, Daniel. "El derecho en la tradición central de Occidente y el proceso de su desnaturalización", *Prudentia Iuris*, Nº 76, 2013, pp. 17-23.
- HINOJOSA de, Eduardo. *El Régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1905.
- JEFFRIES, Laura. "Introduction of Penal Laws to Ireland (Late 17th-Early 18th Centuries)", en *Great Events in Religion: An Encyclopedia of Pivotal Events in Religious History*, Curta Florin, Holt, Andrew (edits.), ABC-CLIO, 2016, pp. 793-797.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. "La problemática histórica del heredamiento", *Anuario de historia del derecho español*, Nº 31, 1961, pp. 195-234.
- LE PLAY, Frédéric. *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, 3ª. Ed. Tours, Alfred Mame et fils, 1884.
- LINDSTAD, Berit H. "A Comparative Study of Forestry in Finland, Norway, Sweden, and the United States, with Special Emphasis on Policy Measures for Nonindustrial Private Forests in Norway and the United States", *U.S. Department of Agriculture Pacific Northwest Research Station*, 2002, pp. 1-38. Disponible en: https://www.fs.fed.us/pnw/pubs/pnw_gtr538.pdf. Fecha de consulta: 19/06/2020.
- MAGALDI, Nuria. "Propiedad privada y libertad contractual en la Constitución polaca de 1997: Algunas consideraciones", *Anuario de derecho civil*, vol. 57, Nº 4, 2004, pp. 1479-1506.
- MARILUZ URQUIJO, José M. "Los Mayorazgos", *Lecciones y Ensayos* nº 42, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1969.
- MERRYMAN, John Henry - PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.

- MIKELARENA PEÑA, Fernando. "Estructuras familiares en España y en Navarra en los siglos XVIII y XIX: factores etnoculturales, diferenciación socioeconómica y comportamientos estratégicos", *Revista de antropología social*, núm. 2, 1993, pp. 105-136.
- MORENO ALMÁRCEGUI, Antonio-ZABALZA SEGUÍN, Ana. *El origen histórico de un sistema de heredero único. El prepireneo navarro 1540-1739*, Instituto de Ciencias para la familia, Universidad de Navarra, ediciones de RIALP, España, 1999.
- MORI, Edoardo - HINTNER, Werner. *Il maso chiuso. La sua storia e la normativa vigente*, Università Popolare delle Alpi Dolomitiche, Fondazione UPAD, Bolzano, 2013.
- POUMARÈDE, Jacques. "Familia y propiedad en los Pirineos de la Edad Media al siglo XIX", *Iura Vasconiae*, 10/2013, 2013, pp. 557-572.
- POUMARÈDE, Jacques. "La législation successorale de la Révolution entre l'idéologie et la pratique" en Poumarède, Jacques, Allinne, Jean-Pierre (edits.), *Itinéraire(s) d'un historien du Droit* (Toulouse, Presses universitaires du Midi), 2011, pp. 307-318. Disponible en: <http://books.openedition.org/pumi/29513>. Fecha de consulta: 6/9/2022.
- RAMÍREZ CASTAÑEDA, Ricardo Edmundo. *Mayorazgo en el Perú colonial*, Tesis para optar al grado académico de Magister en Historia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2018. Disponible en: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/11206/Ramirez_cr.pdf. Fecha de consulta: 9/11/22.
- RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P. "La 'casa' en Galicia. Notas características y apuntes históricos sobre la regulación normativa de su indivisibilidad", *AFDUDC*, N° 13, 2009, pp. 679-713.
- SCHÖN, Erwin. "La actividad notarial en los medios rurales y urbanos", *Revista Notarial*, N° 957, 2007, pp. 789-864.
- SERRA RUIZ, Rafael. *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Universidad de Murcia, Murcia, 1969.
- TAINÉ, Hippolyte A. *Les origines de la France Contemporaine. L'ancien Régime*, tome premier, vingt-septième édition, Librairie Hachette, Paris, 1909.
- TORRES GARCÍA, Teodora F. "La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión 'mortis causa' del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario", *Anuario de derecho civil*, vol. 33, N° 2, 1980, pp. 335-388.
- TORT-MARTORELL, Carmen. "Sobre el heredamiento como excepción a los principios romanos de derecho sucesorio en el vigente Código civil de Cataluña", *Fundamina*, vol. 20, N° 2, 2014, pp. 925-937.
- VIAL-DUMAS, Manuel. "La familia nuclear ante el derecho. Una retrospectiva de su formación y definición en la tradición jurídica occidental", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 2, 2019, pp. 555-578.

LAS MEDIDAS CAUTELARES AMBIENTALES: SU INTERPOSICIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA *

*ENVIRONMENTAL PRECAUTIONARY MEASURES: THEIR
INTERPOSITION BY THE PUBLIC FISCAL MINISTRY IN THE
PROVINCE OF CÓRDOBA*

*Juan Bautista López ***

Resumen: Este artículo se propone analizar las facultades procesales que posee el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba para procurar la tutela del ambiente, principalmente mediante la interposición de medidas cautelares ambientales. A la luz de su misión institucional y del orden público ambiental, se examinan las reglas procesales a partir de las cuales este órgano interviene en los procesos judiciales, ya sea de manera necesaria, ya sea de manera facultativa. Bajo tal relectura, se evalúan las posibilidades concretas de actuación en asuntos ambientales, y la relevancia de su intervención.

Palabras-clave: Ambiente - Orden público ambiental - Medidas cautelares - Ministerio Público Fiscal - Acuerdo de Escazú.

Abstract: This article aims to analyze the procedural powers that the Public Prosecutor's Office of the Province of Córdoba has to seek protection of the environment, mainly through the filing of environmental precautionary measures. In light of its institutional mission and environmental public order, the procedural rules based on which this body intervenes in judicial processes, whether necessary or optional, are examined. Under such rereading, the concrete possibilities of action on environmental issues, and the relevance of their intervention, are evaluated.

Keywords: Environment - Environmental public order - Precautionary measures - Public Prosecutor's Office - Escazú Agreement.

* Trabajo recibido el 5 de junio de 2023 y aprobado para su publicación el 29 del mismo mes y año.

** Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNC). Profesor de Ciencias Jurídicas por la FD-UNC. Docente de la asignatura Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental en FD.UNC. ORCID: 0000-0002-4991-2620. E-mail: juan.bautista.lopez@unc.edu.ar

Sumario: I. Introducción. II. El ambiente y su protección jurídica. III. El orden público ambiental. IV. Medidas urgentes y cautelares ambientales. V. El Ministerio Público a nivel nacional. VI. El Ministerio Público Fiscal en la Provincia de Córdoba. VII. La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba en asuntos ambientales. VIII. La preparación de la acción penal pública. IX. Las medidas cautelares ambientales en la Investigación Penal Preparatoria mediante el cese de los efectos del delito. X. Las medidas cautelares ambientales en la Investigación Penal Preparatoria mediante el ejercicio de la acción civil. XI. Las medidas cautelares ambientales en la investigación penal preparatoria ante la inexistencia de un delito. XII. Vías procesales ajenas al proceso penal. La acción de amparo ambiental a nivel provincial. XIII. Otros modos de intervención del Ministerio Público Fiscal cuando se encuentra en juego el orden público ambiental. XIV. Conclusión. XV. Bibliografía.

I. Introducción

La realidad actual, tanto a nivel global como local, se presenta atravesada por un patrón de creciente conflictividad socio ambiental como consecuencia de los diversos fenómenos que repercuten negativamente sobre el ambiente y sus componentes naturales y culturales. Esta situación afecta el goce de este derecho y en consecuencia, conculca otros derechos fundamentales íntimamente vinculados e interdependientes. La desaparición de bosques nativos, la depredación de la fauna, la contaminación de los recursos hídricos, los efectos del cambio climático, las lógicas de producción, consumo y desarrollo económico, constituyen tan solo algunos de los fenómenos que la sociedad debe enfrentar. Sus consecuencias inciden de un modo más gravoso en aquellas personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad.

En este contexto, el sistema normativo argentino cuenta con un robusto conjunto de reglas y principios tendientes a garantizar la protección ambiental. A partir de la Constitución Nacional, tratados con jerarquía suprallegal, leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, constituciones y leyes provinciales, entre otros cuerpos legales se configura el denominado orden público ambiental.

Este incorpora institutos procesales que permiten concretizar la tutela ambiental a través del acceso a la justicia. Sin embargo, diversos grupos de personas en situación de vulnerabilidad, las más de las veces, enfrentan barreras de distinta índole para ejercitar estos derechos en asuntos ambientales.

Bajo el diseño constitucional estructurado desde de la reforma del año 1994, el Estado argentino asumió un fuerte compromiso en la protección ambiental en tanto bien colectivo y de interés general. Ante este panorama, el Ministerio Público se perfila como un órgano con gran potencial para operativizar en un sentido real y concreto, aquel sistema tuitivo del ambiente desde de su misión institucional.

Se constituye como un actor clave para garantizar, de modo reflejo, el acceso a la justicia ambiental.

En el presente trabajo se examinará el microsistema legal ambiental y los dispositivos procesales que incorpora para garantizar su efectiva tutela, centrándonos en las medidas cautelares. Luego, se analizará el rol del Ministerio Público a nivel nacional con foco en la protección del ambiente. En la misma línea de análisis, se abordará el diseño institucional y competencias a cargo de la versión del órgano en la Provincia de Córdoba. Finalmente, evaluaremos las vías procesales a través de las cuales este último podrá actuar en resguardo del ambiente imponiendo o requiriendo medidas cautelares ambientales sea en ejercicio de la tutela inhibitoria o para garantizar la tutela resarcitoria o recomposición ambiental.

II. El ambiente y su protección jurídica

La reforma constitucional del año 1994 constituyó un hito en relación al derecho a un ambiente sano. Con la incorporación del artículo 41 se sentaron las bases del sistema normativo ambiental. Bajo la distribución de competencia legislativa incorporada en esta *cláusula ambiental*, se sancionaron numerosas leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, brindando un piso mínimo y uniforme de protección para todo el territorio (12 leyes vigentes al día de hoy). Además, desde el punto de vista jurisprudencial, numerosos pronunciamientos a nivel provincial, federal y regional fueron consolidando la robusta estructura del sistema de reglas y principios que conforman hoy el marco protectorio del derecho al ambiente.

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en los autos «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación)», sentencia del 20 de junio de 2006, definió al ambiente como un bien jurídico de naturaleza colectiva, de uso común, indivisible, indisponible, que pertenece a la esfera social y transindividual. A la vez, el derecho al ambiente ha sido caracterizado como un derecho humano, con una dimensión individual y una dimensión colectiva. Un derecho autónomo que constituye el sustento para el goce y ejercicio de otros derechos de un modo interrelacionado e interdependiente (Corte Interamericana de Derechos Humanos. «Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia. Medio Ambiente y Derechos Humanos 23/17». 15 de noviembre de 2017).

Por su parte, la CSJN ha reconocido en el Estado argentino un claro componente ambiental (CSJN. «Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental». Causa N° 5258/2014. Sentencia del 26 de abril de 2016). Debe ser preservado por las autoridades y los particulares de modo irrenunciable. Este mandato está dirigido a toda autoridad estatal ya sea en la función legislativa, administrativa y judicial y en relación a los tres órdenes estadales (Municipal, Provincial y Federal). Su fuente se halla en el

segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional («*las autoridades proveerán a la protección de este derecho (...)*»).

Este marco tuitivo, además de haber jerarquizado la protección ambiental en términos normativos, permite categorizarla como una cuestión de interés general, que atañe a toda persona y, en particular, a toda autoridad estatal. Su naturaleza colectiva o general, se ve reflejada en la consolidación del denominado orden público ambiental.

III. El orden público ambiental

No existe al día de hoy consenso en torno al contenido del orden público en tanto concepto jurídico indeterminado. Si bien constituye un debate que no ha sido agotado, abordar dicha discusión excede el objeto del presente trabajo. No obstante, es posible identificar algunas teorías que relacionan al orden público con el interés público o la protección de bienes de interés o relevancia colectiva; otras que lo identifican con aquellas normas de tipo imperativas e irrenunciables; y finalmente, otra que reconoce en el orden público la protección de principios y valores fundamentales para la organización social (Cafferatta, 2016).

Podemos afirmar que el status de orden público que una norma revista, en primer lugar, revelará la jerarquización de los principios, valores o bienes jurídicos protegidos, por resultar estos valiosos para el sostenimiento y desarrollo del componente social del Estado. En segundo lugar, en términos instrumentales, una norma de orden público resultará irrenunciable e indisponible para los particulares, por ejemplo, al momento de ejercer la autonomía de su voluntad. En tercer lugar, tal *status* implicará que, en caso de presentarse alguna controversia jurídica en la cual aquel principio, valor o bien jurídico se encuentre en juego, las autoridades judiciales estarán obligadas a aplicar y a operativizar la norma de orden público para su resolución.

El orden público *ambiental* es aquél compuesto por los preceptos normativos tuitivos del ambiente y sus componentes. Se configura a partir de reglas y principios contenidos en la Constitución Nacional, tratados con jerarquía supra legal, leyes de presupuestos mínimos, Código Civil y Comercial e inclusive leyes complementarias de origen local (provincial y municipal).

La Constitución Nacional, en su artículo 41, incorpora la piedra basal de la arquitectura mencionada. Tal y como sostuvo la CSJN, «(...) *el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental, no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos(...) sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (...)*» (CSJN. «Mendoza, Beatriz Silvia y otros» c/ Estado Nacional y otros s/ daños

y perjuicios (daños derivados de la contaminación)». Sentencia del 20 de junio de 2006). En este pasaje, es clara la intención del tribunal de dotar de operatividad *autoritativa* a los deberes que el propio enunciado normativo constitucional impone.

A su turno, la ley de presupuestos mínimos de Política Ambiental Nacional o Ley General del Ambiente N° 25675 (en adelante LGA), expresamente en su artículo 3, caracteriza como de orden público a sus disposiciones para todo el territorio nacional. Además, categóricamente exige su aplicación como pauta *interpretativa y aplicativa* de cualquier otra legislación sobre la materia. Agrega que, ante una contradicción o antinomia entre la ley específica y la ley general del ambiente, esta será la que prevalecerá, funcionando de tal manera como una «ley marco». (Esain, 2020).

Este microsistema ambiental, se completa, en un sentido nuclear, con las reglas incorporadas en los artículos 14, 240 y 241 del Código Civil y Comercial, pues plasman no sólo la relevancia de la protección del ambiente, sino que establecen una suerte de jerarquización ante un conflicto entre derechos. De tal modo, para el instituto del ejercicio abusivo de un derecho, el primero de los artículos mencionados reconoce la existencia de derechos individuales y de incidencia colectiva. Agrega en ese sentido, que el ejercicio de un derecho individual de forma abusiva en perjuicio del ambiente y de los derechos de incidencia colectiva en general, no resulta amparado por la ley.

El artículo 240 establece, como límite al ejercicio de derechos individuales, su compatibilidad con los derechos de incidencia colectiva. Dispone que todo ejercicio de un derecho individual debe conformarse con las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y sin que afecte el funcionamiento o la sustentabilidad de los ecosistemas, la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros. El artículo 241, por otra parte, impone a los tribunales, cualquiera sea la jurisdicción, el respeto a la normativa sobre presupuestos mínimos -ambientales- que resulte aplicable.

En resumen, el ambiente, en tanto bien jurídico de naturaleza colectiva, sirve necesariamente a intereses fundamentales para el desarrollo de la sociedad. Esa propia particularidad constituye la razón sobre la cual, desde un punto de vista axiológico, se asienta la naturaleza de orden público que revisten las reglas y principios tendientes a su protección. Normativa que por tal razón es de imperativa aplicación para toda autoridad, irrenunciable e indisponible.

IV. Medidas urgentes y cautelares ambientales

Para garantizar la protección del ambiente, el sistema normativo reconoce numerosos dispositivos que operan tanto a nivel administrativo, legislativo como judicial. Uno de ellos lo constituyen las denominadas medidas cautelares ambientales.

En un sentido clásico, una medida cautelar, en términos generales, constituye un instituto procesal tendiente a garantizar, de un modo anticipado, el eventual éxito del litigio. Procura impedir que, durante el lapso que transcurre entre la iniciación

de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que impida o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la sentencia definitiva (Gozaíni, 2022). Tradicionalmente su procedencia se encuentra sujeta a la existencia de la verosimilitud en el derecho invocado, el peligro en la demora y la contracautela.

En materia ambiental opera una mutación sobre cada uno de estos requisitos. Las «medidas cautelares ambientales», como se las ha denominado, adquieren matices y singularidades propias a razón de la esencia del bien jurídico en juego y los principios y reglas que operan en pos de su protección (Falbo, 2022). Al respecto existe un profuso desarrollo jurisprudencial y dogmático sobre el cual no ahondaremos pues excede el objeto del presente. Es que aquí se examinará su aplicación desde la faz procesal a partir del rol institucional del Ministerio Público Fiscal.

Con la ratificación, mediante ley nacional Nº 27566, por parte de la República Argentina del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe -en adelante el Acuerdo de Escazú-, el reconocimiento de las cautelares ambientales adquirió un carácter supra legal de acuerdo al orden jerárquico normativo establecido por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Recordemos que el tratado tiene como fin prevalente garantizar el efectivo acceso a la información, a la participación pública y a la justicia, todo relacionado a asuntos ambientales.

En lo que a medidas cautelares se refiere, el inciso d) del apartado 3) del artículo 8, referido específicamente al Acceso a la Justicia, obliga a los Estados parte a contar con la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente. Esta disposición, tal y como surge de su tenor literal, no solo garantiza la procedencia de medidas cautelares para los fines específicamente enunciados, sino, además, para cualquier otro fin. Podemos reconocer entonces, medidas cautelares ambientales con un cariz propio de la tutela inhibitoria y preventiva del daño ambiental, otras tendientes a la tutela resarcitoria (recomposición del daño ambiental) y otras que procuran garantizar la posterior recomposición (tutela conservatoria).

Una medida cautelar en los términos expresados, no sólo resultará procedente ante un evento actual o potencialmente dañoso del ambiente en un sentido estricto, sino también ante la vulneración de los derechos de acceso garantizados a lo largo de todo el acuerdo, siempre desde una lectura guiada por los principios reconocidos en su articulado. Esto es predicable, a las claras, desde de la conjugación del artículo 8, incisos 2) y 3)¹.

(1) Acuerdo de Escazú. *Artículo 8, inciso 2)*: Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que

La ley General del Ambiente establece una clara regulación de tipo procesal-sustancial de las medidas cautelares y urgentes. Esta normativa se caracteriza, en primer lugar, por ser una ley de presupuestos mínimos. Es decir, incorpora normas autoritativas para toda autoridad estatal, aplicables de modo uniforme en todo el territorio de la República conforme la distribución de competencias efectuada en el artículo 41 de la Constitución Nacional. En segundo lugar, en función de su artículo 3ero., su contenido es de orden público. Ello le asigna las particularidades ya examinadas en los párrafos precedentes.

El artículo 32 faculta a los tribunales a dictar medidas cautelares urgentes. El segundo párrafo del enunciado normativo expresa: «*En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte*».

A los fines del presente planteo, interesa advertir las siguientes cuestiones que se desprenden, a nuestro modo de ver, del precepto normativo. Así, la norma otorga al juez la facultad de dictar medidas de urgencia, las que pueden revestir, aclara la ley, una naturaleza precautoria. Esto en una clara referencia al mandato contenido en el principio precautorio².

Además, señala que el dictado de este tipo de medidas cautelares podrá darse *en cualquier estado del proceso*. Aquí la norma concede flexibilidad al dictado en dos sentidos. Desde un punto de vista estrictamente literal permite su imposición en *cualquier estado del proceso*, sea cual fuere la etapa o instancia en la que se encuentre el trámite. Desde otro costado, de un modo implícito, dicha facultad no se encuentra restringida a un determinado tipo o naturaleza de proceso, vía procesal interpuesta, o fuero específico. Se agrega además que el universo de medidas cautelares poten-

afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente. **Artículo 8, inciso 3):** Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional; d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente; e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

(2) *Artículo 4 de la LGA: Principio precautorio:* Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

cialmente aplicables no está formulado de un modo cerrado, por lo que el tribunal contará con amplias facultades para adoptar la modalidad necesaria para lograr la protección ambiental.

En otras palabras, las medidas podrán disponerse de modo oficioso por parte del tribunal que entienda en el proceso siempre en pos de la protección ambiental, a «fin de proteger efectivamente el interés general» de acuerdo a la fórmula incorporada en el primer párrafo del artículo examinado³.

Tal y como se verá, existen casos en que el proceso, por su propio diseño institucional, es impulsado por el Ministerio Público oficiosamente con el control de un juez de garantías, por ejemplo, en los ordenamientos procesales penales basados en el sistema acusatorio adversarial. En estos casos, el director del proceso será aquel órgano. Él será el encargado de solicitar al juez natural competente, el dictado de la medida cautelar con base en el artículo 32 de la LGA. Acotamos aquí el desarrollo del asunto pues se ahondará parágrafos adelante.

Finalmente es preciso abordar brevemente las tensiones que pueden suscitarse entre las facultades cautelares examinadas y las garantías del debido proceso. Se advierten así diferentes posturas al respecto. Por un lado, el «*garantismo procesal*» brega por la vigencia a ultranza de los sistemas procesales acusatorios o dispositivos según se trate de procesos penales o civiles respectivamente. Por otro, el «*activismo judicial*», por el contrario, se inclina por un juzgador con mayores facultades inquisitivas, flexibilizando el rigor de las formas procesales en pos de la protección de ciertos bienes y valores.

Aquí sostenemos la tesis adoptada por la CSJN, denominada por algunos autores como «*activismo responsable*» (Esain, 2020). En los autos caratulados «Asociación Multisectorial del Sur en defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica», Sentencia del 26 de mayo de 2010, el ministro Ricardo Lorenzetti, según su voto, expone esta postura. Sostiene en los considerandos 7 y 8 que:

«Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo (...) o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de

(3) Artículo 32 de la LGA: La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (...) En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios. que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

prevención (...). El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si se tratara de otro distinto. Ello es lo que ocurriría si en lugar de resolver sobre la falta de certeza se hiciera un análisis del riesgo ambiental y se dispusieran medidas excediendo totalmente el marco legal de la acción (...). La aplicación de principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (...). El principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea «contra legem»(...)» (los resaltados pertenecen al autor de este artículo).

En resumidas cuentas, esta posición podría sintetizarse, a nuestro modo de ver, de la siguiente manera: Las facultades de la magistratura contempladas en el artículo 32 de la LGA en pos de resguardar el ambiente y el interés general, han de ser operativizadas bajo el acabado respeto del objeto de la pretensión y de la regulación o arquitectura procesal de la acción o vía intentada para procurar su satisfacción.

Hasta aquí hemos desarrollado las categorías jurídicas sustanciales y procesales, a partir de las cuales se procura la tutela del ambiente de un modo urgente, precautorio y cautelar. Procederemos, entonces, a examinar el rol del Ministerio Público en la protección del ambiente desde su regulación constitucional y orgánica. En ese marco funcional se analizarán luego las facultades que este posee para imponer o requerir de modo oficioso medidas cautelares ambientales, de acuerdo al diseño procesal en el cual se imponga la tutela ambiental.

V. El Ministerio Público a nivel nacional

Institucionalmente incorporado en la Constitución Nacional en la reforma del año 1994, el Ministerio Público, a nivel nacional es un órgano caracterizado orgánicamente como un «cuarto poder» por no encontrarse inserto dentro del Poder Judicial, Legislativo o Ejecutivo.

El artículo 120 de la Carta Magna le otorga *autonomía funcional y autarquía financiera*. Está compuesto por dos órdenes con sus respectivos titulares. Por un lado, se encuentra el Ministerio Público Fiscal (en adelante MPF), encabezado por el Procurador General de la Nación. Por otro, el Ministerio Público de la Defensa, en cabeza del Defensor General de la Nación. Ambas ramas poseen su propia ley orgánica encargada de reglamentar específicamente su estructura, funcionamiento y ámbito de actuación, entre otras cuestiones.

El citado artículo, sin distinción alguna, encomienda al Ministerio Público la tarea de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales

de la sociedad. Esta manda, desde una perspectiva estrictamente funcional, se ve replicada en idéntico sentido en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación N° 27148. Por ello, nos centraremos en esta institución.

Aunque no es objeto del presente, vale destacar que la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación N°27149 establece una marcada diferencia funcional en relación al MPF. Pues, a grandes rasgos, procura la asistencia jurídica y patrocinio gratuito ante los tribunales del fuero federal para aquellas personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad en procura de garantizar el acceso a la justicia. No obstante ello, este cuerpo orgánico faculta a los Defensores Públicos Oficiales a «promover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales» mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivo (artículo 42 inciso «O») aunque limitado a la instancia y fuero en el que cada defensor público actúe. Por ello, se entiende que esta facultad lejos se encuentra de agotar la función de «promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad».

El MPF de la Nación posee, entonces, las siguientes competencias de acuerdo a la clasificación esbozada por Bidart Campos (1997):

- Promover la actuación de la justicia
- mediante la acusación ante la comisión de un delito sea este de acción pública o ante la instancia privada ejercida;
- para iniciar procesos no penales en defensa de la legalidad o de los intereses generales de la sociedad.
- Defender la legalidad en los procesos judiciales que promueve o en los que interviene
- Defender los intereses generales de la sociedad en los procesos judiciales que promueve o interviene.
- Ejercer el control de constitucionalidad de leyes, actos y omisiones del poder y de los particulares o autoridades dentro del marco procesal que determina su intervención.

Su ley orgánica se alinea de modo congruente con las facultades asignadas por la Constitución Nacional. Así, el artículo 1 define como su misión general la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la nación de manera idéntica al texto constitucional. El artículo 2 *faculta* al órgano, sin distinción de instancia o fuero, a intervenir en aquellos conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos y en aquellos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad (inciso c). Si bien, el artículo lo plantea en términos facultativos, lo cierto es que, tratándose de su misión institucional, tal facultad, creemos, se trata estrictamente de un deber.

Luego, en cuanto a la actuación en materia no penal, el artículo 31 ordena a los integrantes del MPF con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias, a *peticionar* en las causas en trámite a donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, remarcando «en especial», los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares (inciso b). Finalmente, el inciso d del mismo artículo obliga a intervenir en todos los casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al *patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente*, bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, siempre en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.

Como corolario de lo expuesto, podemos sostener que las funciones asignadas de modo explícito obligan a los integrantes del MPF a *peticionar* ante los tribunales y a *intervenir* en procesos judiciales en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en defensa de intereses colectivos, normas de orden público, patrimonio social, salud pública, medio ambiente, bienes de valor artístico, histórico y paisajístico.

Por supuesto que, para llevar a cabo dichas tareas, necesariamente se le ha de reconocer legitimación para promover las acciones judiciales correspondientes. Entre ellas, aun cuando no se encuentre expresamente enunciado, la de interponer la acción de amparo colectivo incorporada en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional para la protección del ambiente. Ello así por cuanto, como se viera, el orden público ambiental se construye sobre el interés social y general que la protección del ambiente y sus componentes posee; orden público e interés general que el Ministerio Público debe resguardar mediante la promoción de la acción de la justicia.

En línea con el razonamiento, el Procurador General de la Nación mediante resolución N° 69/96, instruyó a todos los integrantes del Ministerio Público Fiscal, a que requieran fundadamente que se les confiera intervención, cuando tengan conocimiento que se tramitan acciones de amparo ante los tribunales en los cuales actúan. También podemos mencionar como antecedente el antiguo régimen orgánico del Ministerio Público Fiscal previsto en la ley N° 24946 -derogado-. En su artículo 39 determinaba que los fiscales de primera instancia debían intervenir necesariamente en los procesos de amparo.

Si bien la normativa orgánica se ha visto modificada, el esquema, en lo medular, resulta ser idéntico. Bajo este panorama, a nivel nacional, la omisión de la intervención del Ministerio Público Fiscal en las acciones de amparo ambiental puede provocar la nulidad de todo lo actuado (Morales Lamberti, 2013; Sagües, 2015).

VI. El Ministerio Público Fiscal en la Provincia de Córdoba

Veremos ahora la regulación constitucional y orgánica que presenta este órgano en la Provincia de Córdoba. Cabe advertir que en la provincia el Ministerio

Público está compuesto exclusiva y únicamente por el Ministerio Público Fiscal. No existe al día de hoy, de modo contrario a lo que sucede a nivel nacional, un desdoblamiento de funciones ni se encuentra regulado el Ministerio Público de la Defensa. Otra trascendental diferencia es que, a nivel local, el Ministerio Público Fiscal integra el Poder Judicial por lo que no podríamos hablar de un modo tajante de un cuarto poder.

Su organización se encuentra concentrada en el artículo 171 de la Constitución Provincial. Su titularidad es ejercida por un Fiscal General y por un cuerpo de fiscales. Por su parte, el artículo 172 le asigna al órgano las siguientes funciones:

- Preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público y los derechos de las personas.
- Custodiar la jurisdicción y competencia de los tribunales provinciales y la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante aquellos la satisfacción del interés social.
- Promover y ejercitar la acción penal pública ante los tribunales competentes.
- Dirigir la Policía Judicial.

Si bien sus funciones se encuentran expresadas en diferentes términos, lo cierto es que es posible advertir una equivalencia con aquellas que posee el Ministerio Público Fiscal de la Nación. Pues la actuación ante los tribunales mediante la promoción de la acción en defensa del *interés público* e *interés social* resultan equivalentes, en un sentido ontológico, a la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad encomendadas a su par nacional. Por tal circunstancia, entendemos que los deberes que pesan sobre el Ministerio Público Fiscal provincial poseen el mismo alcance que aquellos en cabeza del Ministerio Público de la Nación.

La ley orgánica Nº 7826 replica en su artículo 1 las mismas funciones constitucionales. El artículo 9, en este mismo sentido, nuevamente desarrolla tales deberes, aunque incorpora otros de relevancia. Así, menciona la función de preparar, promover y ejercitar la acción judicial en defensa del interés público y los derechos de las personas, *con arreglo a las leyes* (inciso 1). En su inciso 5) ordena la intervención en todas aquellas cuestiones que resulte comprometido el interés público. Finalmente, el inciso 7 ordena ejercer las *demás* funciones que las leyes le acuerden.

El artículo 3, incorpora una serie de principios que deben orientar su actuación. Su trascendencia radica justamente en criterios de orden superior que operarán al momento de determinar sus funciones en casos de lagunas normativas, inconsistencias procesales o sustanciales, controversias judiciales sobre su capacidad de actuación o intervención, etc. A los fines del presente trabajo, cabe destacar aquel principio incorporado en el inciso 13) denominado «Reparación de daños a la sociedad». Este expresa que el MPF, en los casos donde se vean afectados intereses ambientales, colectivos o difusos, actuará principalmente

con la finalidad de garantizar la recomposición y la reparación integral de los daños causados en la sociedad.

Este principio resulta un mandato de optimización autoritativo para todo agente integrante del MPF sin distinción de su ámbito de actuación material o de grado. Ello no resulta una cuestión incidental, pues cada Fiscal deberá de orientar sus acciones a la satisfacción de dicho principio. Además, cabe resaltar su congruencia con el deber de toda autoridad de resguardar el ambiente y la obligación prioritaria de recomposición en casos de daño ambiental, de acuerdo al artículo 41 de la Constitución Nacional.

La ley orgánica regula las funciones que tienen el Fiscal General, los Fiscales Adjuntos, Fiscales de Cámara (de Acusación, Civil, Contencioso Administrativo, Familia, Criminal), los Fiscales de Instrucción, Fiscales en lo Civil y Comercial, de Familia y de Menores. Excepto para el caso del Fiscal General y de los Fiscales Adjuntos, la regulación de las funciones de todos los Fiscales de Cámara posee una fórmula abierta que ordena su actuación en aquellos procesos de acuerdo a lo establecido en leyes de procedimiento, leyes especiales o las que otras leyes le asignen. Esto abre el universo de casos y el modo en que estas fiscalías deberán actuar, cuestión trascendente pues la regulación de otras normativas, los principios que orientan su actuación y principalmente su misión institucional, servirán para evaluar sus posibilidades procesales de actuación.

Por otra parte, asigna a los Fiscales de Instrucción la tarea de preparar y promover la acción penal pública, dirigir la investigación preparatoria y practicar todo acto inherente a ella (artículo 30). Para los Fiscales actuantes en el fuero Civil y Comercial, asigna la tarea de deducir toda acción que interese al orden público. Para los de Familia, ordena intervenir en todas aquellas cuestiones en las que resulte comprometido el orden público de conformidad a las leyes respectivas.

De lo visto hasta aquí se puede extraer la siguiente conclusión preliminar: El Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba, a la luz de su misión general y sus atribuciones orgánicas, posee la obligación de resguardar el interés público y el interés social. Cada Fiscalía, de acuerdo a su ámbito de actuación territorial, material y funcional, deberá promover la acción judicial en cumplimiento del rol institucional.

Asimismo, actuará orientado por los principios de su ley orgánica, por ejemplo, el de «reparación de daños a la sociedad» vinculado al daño ambiental y su recomposición. Además, a partir de las fórmulas abiertas que utiliza la ley orgánica al momento de determinar la actuación de cada fiscal en particular, todos y cada uno de ellos deberán accionar o intervenir en toda cuestión en la que «interese el orden público», se encuentre «comprometido el orden público de conformidad con las leyes respectivas», a lo establecido por las «leyes de procedimiento», «especiales» o «cualquier otra ley».

Se verá seguidamente cómo esta regulación orgánica opera en relación al resguardo del ambiente, y los marcos procesales específicos.

VII. La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba en asuntos ambientales

Previo abordar el presente acápite, debemos advertir al lector que en la Provincia de Córdoba el Ministerio Público Fiscal puede ostentar un ámbito de actuación material específico en determinado fuero o, por el contrario, presentar un ámbito de actuación conglobante de varios fueros. Esta última particularidad se halla presente en las sedes judiciales del interior de la Provincia en las cuales una Fiscalía ejerce, a la vez, funciones en lo penal, en lo civil y comercial, en lo familiar, en lo penal juvenil entre otras.

Esta particularidad de actuación «conglobante» reúne en cabeza de una sola Fiscalía cada una de las atribuciones y deberes asignados específicamente para cada fuero. Así, una Fiscalía multifuero se encargará de investigar la comisión de un delito, de intervenir en los procesos en los que se encuentre en juego el interés general o social, en los asuntos de competencia, entre otros tantos, siempre dentro del marco de actuación procesal de cada materia.

Como fue desarrollado en la conclusión preliminar del ítem que antecede, toda Fiscalía tiene el deber de resguardar el interés público, el interés social y el orden público. Ello lo deberá instrumentar a través del ejercicio de la acción judicial o de la intervención correspondiente. Esto de acuerdo a lo que regulen las leyes *procesales, especiales u otras leyes*.

Desde el punto de vista procesal, las Fiscalías, en cumplimiento de su misión, connaturalmente cuentan con legitimación activa para interponer mediante diversas vías adjetivas las pretensiones de prevención, cese o recomposición del daño ambiental, en tanto estas permiten proteger el orden público ambiental y el interés social o colectivo asociado. Esta capacidad procesal, se deriva, además, de las fórmulas abiertas utilizadas por la ley orgánica para el ejercicio de sus funciones («de acuerdo a leyes procesales, especiales u otras leyes»).

Con base en dicha remisión, se incorporan las siguientes normativas. Por un lado, «el deber de preservar el ambiente de toda autoridad», previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional. Por otro, el cumplimiento de la Ley General del Ambiente resguardando sus normas de orden público. Esta última, instrumenta algunas de las aludidas acciones ambientales (recomposición y cese). Además, prevé la posibilidad de disponer (solicitar para el caso del MPF) medidas cautelares y urgentes en resguardo del interés general y del ambiente. A ello se añade la Ley de Política Ambiental Provincial Nº 10208 (también de orden público), en cuyo artículo 71 incorpora la posibilidad de ejercer acciones de prevención, reparación en especie o pecuniaria por el daño producido a la comunidad.

Esta conclusión se robustece si se atiende al principio sustancial-procesal, incorporado en el artículo 3 inciso 13) de la Ley Orgánica del MPF provincial. Este principio de «Reparación de daños a la sociedad», ordena *actuar* al MPF, en los casos donde se vean afectados intereses ambientales, colectivos o difusos, principalmente con la finalidad de garantizar la recomposición y la reparación integral de los daños causados en la sociedad.

Si el MPF provincial tiene el deber de ejercer la acción judicial, procurar o intervenir en defensa de intereses ambientales, de resguardar el interés general, social y el orden público ambiental, resulta consustancial a tal deber el contar con las herramientas procesales que lo permitan. De lo contrario, su objeto devendría de imposible cumplimiento.

Pues bien, desde una visión de «*activismo judicial responsable*», examinaremos ahora cuáles son las vías procesales que el ordenamiento adjetivo de la Provincia prevé y a partir de las cuales el MPF podrá cumplir con su rol institucional desde de su legitimación para accionar. Nos centraremos principalmente en la posibilidad de requerir o disponer *medidas cautelares ambientales*.

VIII. La preparación de la acción penal pública

Una de las funciones del MPF en la Provincia de Córdoba es la de promover y ejercitar la acción penal ante los tribunales competentes. Esta tarea se encuentra asignada exclusivamente a los Fiscales de Instrucción. Para tal fin se encargarán de dirigir la llamada investigación penal preparatoria y practicar todos los actos necesarios para cumplir el objetivo institucional. Esta actuación deberá iniciarse oficiosamente o a instancia de parte, según el delito que se trate, conforme lo dispone el artículo 72 del Código Penal.

La regulación del procedimiento se encuentra en el Código Procesal Penal de la Provincia (ley provincial N° 8123). Este adopta un sistema acusatorio adversarial a donde el MPF es el encargado de preparar y sostener la acusación, mientras que un Tribunal es el encargado de realizar el debate e imponer, eventualmente, una condena.

Durante la investigación penal preparatoria, el Fiscal de Instrucción se encargará de practicar todos los actos tendientes a comprobar la existencia del hecho delictivo y su autoría. Este objeto se encuentra pormenorizado en el artículo 303 del código procesal.

La investigación, si bien es dirigida por el Fiscal, se encuentra supervisada por el llamado «Juez de Control». Este tribunal se encargará de velar por el respeto de las garantías constitucionales que asisten a las personas imputadas. Será el encargado de librar las órdenes de allanamiento ante el pedido del MPF, revisar la legalidad de las medidas de coerción impuestas, dictar sentencia de sobreseimiento a pedido del MPF, entre otras facultades. Este órgano se constituye como el juez

natural y competente para todo asunto que, en líneas generales, se suscite en torno a la investigación fiscal.

IX. Las medidas cautelares ambientales en la Investigación Penal Preparatoria mediante el cese de los efectos del delito

En el marco de la investigación penal preparatoria, el Fiscal de Instrucción cuenta con facultades exclusivas para ordenar y disponer medidas cautelares de modo oficioso, es decir, por imperio propio y sin que sea necesario requerirlas al Juzgado de Control.

La facultad se deriva del artículo 302 del Código Procesal Penal. Allí se enuncia como finalidad de la Investigación la de *«impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores»*. Este fin se encuentra estrictamente en línea con las facultades que otorga el artículo 23 del Código Penal a los órganos encargados de llevar adelante las actuaciones judiciales ante la comisión de un delito. El último párrafo faculta al «juez» (léase Fiscal para el caso del sistema procesal provincial) a adoptar, desde el inicio de las actuaciones, medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes.

Si bien existen precedentes judiciales que discrepan en relación al caudal probatorio necesario para el dictado de una medida de este tipo, lo cierto es que hay acuerdo en relación a la facultad y *deber* del Fiscal de ordenarlas en cualquier momento de la investigación. Las medidas, sin embargo, podrán ser cuestionadas luego ante el juzgado de control.

En numerosos pronunciamientos, la Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba capital (órgano encargado de revisar las decisiones de los jueces de control) se explayó sobre los presupuestos necesarios para el dictado de una medida cautelar tendiente a hacer cesar los efectos del delito, brindando las siguientes pautas (Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba. «Denuncia formulada por Roberto Virgolini». Expediente «D»-08/19. SAC 7654969. Auto Nº 302 del 4 de julio de 2019):

- Constituye una facultad y a la vez un deber del Fiscal de Instrucción, que procede oficiosamente y no requiere el pedido de algún interesado o parte eventual del proceso (actor civil, querellante particular).
- Es aplicable en la investigación de cualquier tipo de delito.
- Se requiere verosimilitud en el derecho, es decir, debe existir al menos una probabilidad en la existencia de los extremos delictivos.
- No es necesaria la contracautela por su propia naturaleza penal diferente a la civil.
- En cuanto al peligro en la demora, en los delitos instantáneos con efectos permanentes, estos efectos deben ser suprimidos lo antes posible.

De acuerdo a este marco procesal, es claro que una medida cautelar ambiental deberá ceñirse al objeto mencionado, es decir, impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores, hacer cesar su comisión o sus efectos, evitar que se consolide su provecho o obstaculizar la impunidad de sus partícipes. Pero será un requisito indispensable y preliminar que la medida cautelar dispuesta encuentre su razón de ser en la probable existencia de un delito, en lo que aquí interesa, ambiental, ya sea consumado o en grado de tentativa. Para este último caso, la medida dispuesta procurará evitar la consumación, cumpliendo un fin preventivo inmediato sobre el hecho que constituye el objeto del procedimiento (en tal sentido se expidió la Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba en «Banco Nación s/apelación c/medida innovativa SAC 9805059» (Expte. «B»)-08/2021, SAC n° 10024016), auto n° 393 del 14 de octubre de 2021).

Determinar la existencia de un delito ambiental no resulta una cuestión sencilla de descifrar. No existen al día de hoy en el derecho penal vigente disposiciones que exclusivamente tipifiquen conductas, con el fin de proteger el bien jurídico «ambiente» como tal. No obstante, existen leyes especiales que prevén figuras típicas que de ordinario reprimen hechos asociados a alguna variable ambiental.

Así, podemos mencionar o categorizar como delitos en los que puede verse afectado el ambiente o alguno de sus componentes -desde una óptica pluriofensiva de bienes jurídicos- los siguientes: En primer lugar, los tipos penales contenidos en los artículos 55 y 56 de la Ley de Residuos Peligrosos N° 24051⁴. En segundo lugar, podemos mencionar las figuras penales incorporadas en los artículos 24, 25, 26 y 27 de la Ley de Fauna Silvestre N° 22421⁵. En tercer lugar, los tipos penales presentes

(4) *Ley de Residuos Peligrosos. Artículo 55:* Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión. *Artículo 56:* Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años.

(5) *Ley de Fauna Silvestre. Artículo 24:* Será reprimido con prisión de un (1) mes a un (1) año y con inhabilitación especial de hasta tres (3) años, el que cazare animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización establecida en el artículo 16, inciso a). *Artículo 25:* Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el que cazare animales de la fauna silvestre cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional de aplicación. La pena será de cuatro (4) meses a tres (3) años de prisión con inhabilitación especial de hasta diez (10) años cuando el hecho se cometiere de modo organizado o con el concurso de tres (3) o más personas o con armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación. *Artículo 26:* Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años el que cazare animales de la fauna silvestre utilizando armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación. *Artículo 27:* Las penas previstas en los artículos anteriores se aplicarán también al que a sabiendas transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o de cualquier modo pusiere en el comercio piezas, productos o subproductos provenientes de la caza furtiva o de la depredación.

en los artículos 46, 47, 48 y 49 de la Ley de Protección de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico N° 25743⁶. En cuarto lugar, los tipos incorporados en los arts. 200 y 201 *bis -envenenamiento de aguas-*⁷; en el artículo 186 y 189 *-incendio, explosión o inundación dolosa y culposa-*⁸; en el artículo 184 incisos 2), 3) y 5)⁹ *-daño calificado por el uso de sustancias venenosas o corrosivas, en bienes de uso público, o mediante el contagio o infección de aves u otros animales domésticos-*; todas figuras del Código Penal.

Más allá de que, de acuerdo a la doctrina judicial mencionada, no resulta necesaria la efectiva comprobación del delito, lo cierto es que deberá surgir, a prima facie, al menos la posible presencia de los elementos típicos de la figura penal en cuestión. En tal sentido, por ejemplo, ante la probable comisión del delito de contaminación del artículo 55 de la Ley de Residuos Peligrosos, que de plano puede generar efectos permanentes, el MPF deberá obligadamente imponer de oficio las medidas tendientes

(6) *Ley de Protección de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico. Artículo 46:* Será reprimido de un (1) mes a un (1) año de prisión o de reclusión y con inhabilitación especial de hasta tres (3) años, el que realizare por sí u ordenare realizar a terceros tareas de prospección, remoción o excavación en yacimientos arqueológicos y paleontológicos. *Artículo 47:* Si durante la comisión del hecho descrito en la norma precedente, se produjere un deterioro en los objetos ocasionándose una pérdida irreparable para el patrimonio cultural del Estado, se estará incurso en el delito de daño prescripto en los artículos 183 y 184 del Código Penal. *Artículo 48:* Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el que transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o de cualquier modo pusiere en el comercio piezas, productos o subproductos provenientes de yacimientos arqueológicos y paleontológicos nacionales e internacionales. *Artículo 49:* La tentativa de exportación e importación del territorio nacional de piezas, productos o subproductos arqueológicos o paleontológicos y colecciones arqueológicas o paleontológicas, será pasible de las penas previstas para el delito de contrabando establecidas en los artículos 863 y concordantes del Código Aduanero.

(7) *Código Penal Artículo 200:* Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. *Artículo 201 bis:* Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión.

(8) *Código Penal. Artículo 186:* El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: 1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes (...). *Artículo 189:* Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos. Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.

(9) *Código Penal. Artículo 184:* La pena (del daño) será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:(...) 2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos; 3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas;(...) 5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos (...).

a hacer cesar los efectos contaminantes. Aquí, no es posible hallar un número cerrado de medidas a adoptar. Por lo que podrá imponer medidas de tipo innovativas o no innovativas que procuren el cese del delito o de sus efectos, o la impunidad de sus partícipes.

Entendemos que, en este marco procesal, operan directamente las disposiciones que emanan del Acuerdo de Escazú en relación a las medidas cautelares. Pues según su artículo 8, inciso 3), apartado d), las autoridades del Estado deberán disponer medidas cautelares y provisionales para «entre otros fines», prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer los daños al ambiente. Pues en el contexto de la Investigación Penal Preparatoria, dados los presupuestos de procedencia ya mencionados, el tratado habilita la imposición de medidas cautelares de diversa naturaleza.

Por otro lado, las facultades cautelares previstas en el artículo 32 de la LGA, creemos que no operan aquí en un sentido estrictamente procesal, en tanto y en cuanto, estas deben ser dictadas por un juez oficiosamente o a pedido del MPF. Mientras que las medidas que procuran el cese de los efectos del delito, deben ser impuestas por el propio MPF sin la necesidad de intervención de un juez. Sin perjuicio de ello, entendemos que tal facultad funcionará en un sentido hermenéutico con base en la razón subyacente de proteger el interés general, aplicando también principios ambientales, para sostener y juzgar su procedencia.

Finalmente diremos que, cuando en una investigación penal preparatoria no sea posible advertir a primera vista la existencia de un delito ambiental, tales medidas cautelares no podrán proceder. Pues, resulta un presupuesto indispensable para su procedencia en el marco penal, la existencia de un hecho ilícito.

X. Las medidas cautelares ambientales en la Investigación Penal Preparatoria mediante el ejercicio de la acción civil

Uno de los objetos de la investigación penal preparatoria, de acuerdo al artículo 303 del Código Procesal Penal provincial, es la comprobación de la *extensión del daño causado por el delito, aun cuando no se hubiera ejercido la acción resarcitoria* en el proceso penal. Esto último, manifiestan Tarditti y Cafferata (2003) «*incide en la graduación de la eventual sanción que pudiera corresponder e interesa a la acción resarcitoria*». Agregan, que «*estos aspectos necesariamente deberán ser objeto de la investigación*».

Esta pretensión resarcitoria se canaliza a través del instituto de la «acción civil». El dispositivo procura la reparación del daño causado a partir de la comisión del delito. No integra el elenco de la sanción penal y posee un carácter *accesorio*. El artículo 24 del Código Procesal Penal establece quiénes son los legitimados activos para ejercerla. Menciona a la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria u otros damnificados directos contra los *partícipes del delito o contra el civilmente responsable*. La oportunidad procesal para interponerla se da durante toda la etapa de Investigación Penal Preparatoria hasta su clausura y elevación a juicio.

Interesa entonces demarcar el alcance semántico de *víctima* como categoría de legitimados para ejercer la acción civil. Se sostiene que este concepto «*resulta más*

amplio que la identificación con el ofendido por el delito o sujeto pasivo y que ya no se ciñe a quien sufre el daño típico (...). En los delitos en perjuicio de bienes de incidencia colectiva, el artículo 43 de la Constitución Nacional constituye una base normativa suficiente para interpretar, por ejemplo, a partir de la calidad de afectado el concepto de víctima (...) (Cafferata Nores – Tarditti, 2003).

Corresponde brindar algunas precisiones respecto a los daños que pueden ocasionarse como consecuencia de un delito en perjuicio del ambiente, por ejemplo, aquél contemplado en el artículo 55 de la ley de residuos peligrosos. Tal y como lo plasmó la CSJN, un fenómeno contaminante puede ocasionar dos tipos de daño ambiental. Por un lado, aquél exclusivamente generado en el ambiente en tanto bien colectivo, denominado daño ambiental colectivo cuya respuesta constitucional es la obligación prioritaria de recomposición (artículo 41 CN). Por otro lado, puede generarse el daño ambiental indirecto. Este último es aquél que, a causa del fenómeno contaminante, repercute de un modo indirecto sobre bienes individuales lo cual genera la obligación indemnizatoria en especie o pecuniaria (CSJN. «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación)». Sentencia del 20 de junio de 2006).

Entendemos que el dispositivo de la acción civil incorporada en los términos enunciados, engloba la posibilidad de que ejerzan dicha pretensión tanto quienes hayan sufrido, como consecuencia del delito, un daño en sus bienes individuales (daño ambiental indirecto), como también aquellos *legitimados extraordinarios* para reclamar la tutela del bien colectivo ante un daño ambiental colectivo. En este último caso, por la propia naturaleza del daño, la respuesta judicial, será la de ordenar su recomposición en los términos exigidos por el artículo 41 de la CN (criterio replicado en el principio de responsabilidad y en la obligación de recomposición contenidos en los arts. 4, 28 y 30 primera parte de la LGA)¹⁰.

El análisis de quiénes podrán interponer dicha acción en el marco del proceso penal merece un tratamiento aparte por la amplia gama de posibilidades que el ordenamiento jurídico brinda, lo cual excede el objeto del presente. Nos centrare-

(10) LGA Artículo 4 (...) *Principio de responsabilidad*: 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. *Artículo 28*: El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder. **Artículo 30**: Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

mos por ello, en las posibilidades que la figura de la acción civil en relación al daño ambiental colectivo concede, en términos procesales, al MPF.

Ya vimos, valga la reiteración, que el órgano tiene la obligación de promover la actuación en defensa de los intereses generales de la sociedad. Mandato que parte también del deber de toda autoridad de procurar la protección del ambiente (artículo 41 de la CN). Asimismo, de acuerdo a los principios incorporados en la ley orgánica provincial, en los casos donde se vean afectados intereses ambientales, colectivos o difusos, el órgano fiscal debe actuar principalmente con la finalidad de *garantizar la recomposición y la reparación integral de los daños causados en la sociedad*. Esto último en plena congruencia con el mandato de recomposición prioritaria contenido en el artículo 41 de la CN y los artículos 4, 28 y 30 de la LGA. Más aun, la ley provincial de política ambiental le concede legitimación, a través de la vía de amparo ambiental, para ejercer la pretensión de prevención, recomposición e indemnización pecuniaria a causa de un daño ambiental colectivo.

Bajo estos lineamientos, entendemos que la legitimación activa para interponer la acción civil debe ser leída sistemáticamente a la luz de las reglas y principios constitucionales y orgánicos que determinan la actuación que deberá asumir el Ministerio Público ante la presencia de un daño ambiental. Bajo esta concepción, no caben dudas que el MPF se encuentra plenamente legitimado para ejercer la acción de recomposición en el marco de un proceso penal, canalizando la pretensión a través de la figura de la «acción civil».

Por cierto, esta conclusión implica que, ante la presunta existencia de un delito ambiental, el Fiscal deberá comenzar la investigación penal preparatoria para comprobar el hecho ilícito, y, a la vez, al clausurar la investigación, deberá solicitar también, vía acción civil, la recomposición ambiental.

Claro está que para que ello suceda, la investigación deberá ser clausurada con base en el mérito inculpativo positivo, es decir, requiriendo la elevación a juicio a partir de la comprobación del delito penal. Ya luego, ante el Tribunal de Juicio, la acusación penal podrá concluir en la absolución de los imputados en lo que a responsabilidad penal se refiere. No obstante, en este último caso, el artículo 26 del Código Procesal de la Provincia no impide que el tribunal de juicio, se pronuncie favorablemente y acoja la pretensión civil de recomposición por el daño ambiental colectivo.

Pues bien, ejercida la acción civil por el daño ambiental en el proceso penal, se abre nuevamente la posibilidad de que, en tanto titular de la pretensión de recomposición, el Ministerio Público Fiscal requiera medidas cautelares ambientales a los fines de garantizarla. Estas, creemos, podrán orientarse a los fines inhibitorios o preventivos (evitar el agravamiento o consolidación del daño), resarcitorio (inicio de la recomposición); o conservatorio (garantizar la eventual recomposición).

La facultad cautelar durante la investigación penal preparatoria, se encuentra expresamente incorporada en el artículo 100 del capítulo destinado a reglamentar la

acción civil en el Código Procesal Penal. Allí dispone: «*el Fiscal de Instrucción podrá pedir el embargo de bienes (...)*», remitiendo a los arts. 532 y 533 del mismo cuerpo normativo. Estos artículos, a su vez disponen que «*el Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Público Fiscal, podrá ordenar el embargo de bienes del imputado en la cantidad suficiente para garantizar (...) la indemnización civil*». A su vez, el artículo 534, bajo el título de «*otras medidas cautelares*» dispone que el Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Público Fiscal o del actor civil (cuando no sea el mismo MPF claro está) podrá ordenar cualquier *otra medida cautelar*.

La norma adjetiva permite efectuar las siguientes consideraciones. En primer lugar, estas medidas podrán ser solicitadas por el Fiscal de Instrucción durante la investigación penal preparatoria ante un Tribunal. Es decir, a diferencia de las medidas examinadas en el *item* que antecede relacionadas al cese de los efectos del delito, estas deben ser dictadas por un Juez a requerimiento del MPF. El juez competente para ello en el ámbito de la investigación penal preparatoria, será el Juez de Control. En segundo lugar, el universo de medidas a adoptar no se encuentra acotado de modo cerrado, sino que por el contrario otorga la posibilidad de solicitar la más variada gama de medidas cautelares.

Aquí operan plenamente las facultades cautelares dispuestas en el artículo 32 de la LGA. Como vimos, esta norma permite en cualquier estado del proceso tuitivo ambiental, a las partes (léase MPF) solicitar medidas de urgencia en pos de proteger el interés general. Esta disposición se alinea de un modo plenamente compatible con la legislación adjetiva. Pues en pos de proteger el interés general y garantizar la recomposición ambiental, podrá solicitar al juez medidas cautelares urgentes y precautorias. Panorama que se ve reforzado por el artículo 8vo. del Acuerdo de Escazú.

Finalmente diremos que, en cuanto a los requisitos de procedencia de estas medidas cautelares, es necesario: a) que se ejercite la acción civil en el proceso penal; b) el requerimiento de su dictado por parte del MPF al Juzgado de Control; c) la existencia de verosimilitud en el derecho invocado, es decir, la probable existencia de daño ambiental colectivo vinculado con el acaecimiento de un ilícito penal; d) el peligro en la demora; e) la contracautela.

Para el caso que aquí evaluamos, no será requisito prestar contracautela en función del propio rol institucional del órgano. Por su parte, el resto de los requisitos de procedencia (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora) sufrirán las mutaciones propias de una medida cautelar ambiental a la luz de los principios jurídicos ambientales (preventivo, precautorio, de acceso irrestricto a la justicia, etc.).

XI. Las medidas cautelares ambientales en la investigación penal preparatoria ante la inexistencia de un delito

Esta posibilidad procesal tan solo será viable si se parte de un paradigma de activismo judicial radical. Recordemos que esta visión «*se preocupa ante todo por la*

justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema procesal respectivo» (Peyrano, 2008). Procura un órgano judicial activo cuyas facultades no se ven encorsetadas por el estricto apego a las rigideces procesales.

Como vimos hasta aquí, las dos posibilidades cautelares anteriores tienen como presupuesto principal el acaecimiento de un «delito ambiental». Pues a partir de allí, será posible iniciar la investigación penal preparatoria y ordenar una medida cautelar ambiental sea para lograr el cese de los efectos del delito, sea requiriéndola al juez de control para garantizar la pretensión «civil» de recomposición. Si *ab initio* en la investigación penal preparatoria surgiera patente la inexistencia de los elementos necesarios para la configuración del tipo penal, las posibilidades anteriores quedarían descartadas y correspondería para el caso el archivo o la instancia de sobreseimiento ante el juzgado de control.

Desde un activismo judicial, no existen impedimentos para conceder, aun ante los supuestos anteriores (inexistencia del delito), facultades al MPF para requerir medidas cautelares ambientales. Ello así por cuanto la satisfacción de su rol institucional *-proteger el interés social, general o público-*, a partir del mandato constitucional de preservar el ambiente de toda autoridad, y las facultades que el artículo 32 de la Ley General concede en pos de resguardar dicho interés general, prevalecerán por sobre las formas procesales. Es decir, bajo un activismo judicial «radical», ante la noticia de un potencial o efectivo daño al ambiente, el Ministerio Público deberá actuar. Prevalecerá de tal modo la tutela del ambiente por sobre el apego estricto a las normas adjetivas. De tal manera, el Fiscal de Instrucción podrá requerir al juez competente (juzgado de control) cualquier medida cautelar necesaria para prevenir, evitar el agravamiento o recomponer el daño ambiental, aun cuando durante el transcurso de la investigación se comprobase la inexistencia del delito.

Esta posibilidad también puede ser robustecida con base en la obligación estatal de adoptar medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente de acuerdo al artículo 8 del Acuerdo de Escazú.

La propia medida cautelar podrá agotarse en su mismo dictado, o, eventualmente supeditarse al ejercicio por parte del MPF, en tanto legitimado activo, de la acción de prevención, recomposición o cese de daño ambiental correspondiente, ante el tribunal competente. Entendemos que, en este último supuesto, el tribunal de control podrá remitir las actuaciones «cautelares» al órgano judicial que finalmente intervenga en la tramitación de la acción principal. Esta hipótesis, sin dudas merece un examen más detallado que excede el objetivo del presente, por lo que será cuestión de pensar en las posibilidades en la prosecución procesal de las pretensiones principales y la intervención de cada tribunal.

Desde nuestra perspectiva, este supuesto de actuación cautelar para la protección del ambiente no habilita la utilización de las potestades que asisten al Fiscal de Instrucción en pos de la comprobación del delito. Ello debido a que la protección

del ambiente no tendrá como presupuesto la existencia de un posible delito, luego la necesidad de su comprobación. Pues si las amplias potestades probatorias del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal, encuentran razón en la comprobación de los extremos delictivos, y estas no se hallan presentes, no será posible utilizarlas.

Consideramos entonces que, en esta alternativa procesal, la investigación penal preparatoria constituirá un marco procesal dentro del cual, de un modo contingente, accidental y circunstancial se procurará la tutela ambiental. Sin embargo, aun cuando el Fiscal de Instrucción no pueda utilizar las herramientas esencialmente investigativas de delitos, podrá, en virtud de la tutela del ambiente, adoptar de oficio o solicitar al juez competente, «todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general» de acuerdo al artículo 32 de la LGA.

Finalmente, aclaramos que esta posibilidad, de acuerdo al *activismo responsable*, no sería procedente, pues el objeto procesal de la Investigación Penal Preparatoria encuentra como presupuesto ineludible, al menos para el dictado de una medida cautelar ambiental, la existencia, a primera vista, de un ilícito penal a investigar. Objetivo que mutaría radicalmente ante la comprobada inexistencia del delito, desnaturalizando su propia finalidad a partir de la ventilación de una medida cautelar de naturaleza estricta y únicamente asociada al daño ambiental sin ninguna vinculación directa o indirecta con el acaecimiento de un delito.

XII. Vías procesales ajenas al proceso penal. La acción de amparo ambiental a nivel provincial

La Constitución de la Provincia de Córdoba regula a la acción de amparo en su artículo 48. No incorpora, a diferencia de la Constitución Nacional, la versión colectiva. En relación al amparo individual, tan solo otorga legitimación activa al *afectado*. Por su parte, la Ley Provincial Nº 4915 que la regula, reconoce legitimación a «toda persona individual o jurídica» que se considere «afectada» (artículo 5). La normativa presenta una legitimación activa restringida y vinculada tan solo a las personas «afectadas» sin distinción del derecho constitucional lesionado, excluyendo cualquier otro legitimado activo.

Sin embargo, tras la sanción de la Ley Provincial de Política Ambiental Nº 10208, la situación en torno a la legitimación activa para la interposición del amparo en asuntos ambientales, mutó. Pues, en la reglamentación de esta vía dispuso una considerable ampliación protectoria.

El artículo 71 de la ley incorpora la posibilidad de ejercer pretensiones de prevención, de reparación en especie o recomposición y de reparación pecuniaria por el daño ambiental colectivo. Para el ejercicio de la acción reconoce legitimación activa a la Fiscalía de Estado, a los Municipios y Comunas, a cualquier entidad o particular que accione *en nombre de un interés difuso y/o derechos colectivos* y, en lo que aquí interesa, al Ministerio Pú-

blico Fiscal. De esta manera, expresamente se despejó cualquier debate en torno a la posibilidad de este órgano de interponer la acción en protección del ambiente.

Un complemento trascendental en relación a la actuación del MPF es aquél que establece la intervención fiscal obligatoria para aquellos casos en que el tribunal deniegue la legitimación del accionante, pero considere verosímil la existencia de la privación, perturbación o amenaza a los intereses difusos o derechos colectivos. Para estos supuestos, la ley obliga al tribunal a correr vista al fiscal, quien será el encargado de *continuar el ejercicio de la acción*.

La razón subyacente de la norma denota lo imperativa que resulta la actuación del Ministerio Público Fiscal en el cumplimiento de su objeto institucional de proteger el interés general, para el caso, el ambiente. Entonces, bajo el ordenamiento procesal ambiental, el Ministerio Público Fiscal, por un lado, se encuentra legitimado para interponer la acción de amparo ambiental. Por otro lado, se encuentra *obligado* a continuar la acción ante los casos de denegación de legitimación.

Creemos que, en línea con la situación que se plantea a nivel nacional, la *vista* e intervención del Ministerio Público Fiscal será imperativa en *todos* los casos en que se encuentre involucrada una cuestión ambiental y no tan solo en aquellos supuestos de denegación de legitimación. Pues si se encomienda la continuidad de la acción ante este último supuesto en función de su rol institucional, mal podría prescindirse de su intervención en todo proceso en que se encuentre en juego el interés general. Esto, creemos, podría conllevar la nulidad de las actuaciones (Morales Lamberti, 2013).

Claro está que, en estos casos, por tratarse de una parte necesaria en el proceso ambiental, sea como accionante primigenio o continuador de la acción iniciada por otro, o interviniendo en ejercicio de su rol institucional, tendrá la facultad de solicitar medidas cautelares ambientales. Pues tal facultad se habilitará por el propio carácter de su participación en el proceso de modo congruente con las disposiciones establecidas en el artículo 32 de la LGA y 8 del Acuerdo de Escazú.

XIII. Otros modos de intervención del Ministerio Público Fiscal cuando se encuentra en juego el orden público ambiental

Aquí abordaremos la intervención obligatoria del Ministerio Público Fiscal en los procesos en los que se debaten cuestiones de índole civil y comercial, familiar, laboral y contencioso administrativo. En estos, es posible pensar en la introducción de modo directo o indirecto de cuestiones atinentes a la variable ambiental que, adelantamos, activan la intervención como parte necesaria en el proceso.

En tanto custodio del orden público y del interés general, el ámbito de actuación, claro está, no solo se limita a la promoción de la acción penal. En la Provincia de Córdoba, la cabeza del MPF -*Fiscalía General*- sostuvo que el órgano es «(...) *el encargado de la tutela social, pues el interés que lo guía es el de que se observe la ley (...). Ante la existencia de una norma general que impone al órgano el cumplimiento de determinados*

deberes en defensa del orden público, es de su interés la adecuada defensa (...)» (Fiscalía General de la Provincia de Córdoba. «Barboza Malvina Rene y Otros c/ Provincia de Córdoba-ordinario- recurso de inconstitucionalidad». Dictamen C N° 752 del 4 de septiembre de 2001).

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, en asuntos civiles específicamente, sostuvo que, para la necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal, debe hallarse presente un *presupuesto ontológico*, compuesto por el rol institucional de defensa del interés público y social; y un *presupuesto procesal*, es decir, la presencia de una norma adjetiva que concretamente le asigne la intervención. (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala civil y comercial. «Boccolini Gustavo Luis c/ Dirección del Registro General de la Provincia - Rec. Apelac. / decisión autoridad administrativa o persona pub. No estatal (civil) – recurso de casación» (EXPTE B 39/08). Auto Interlocutorio N° 377 del 12/10/2011).

Algunos autores, sostienen que este último presupuesto procesal debe ser verificado con especial celo para evitar incurrir en excesivos rigores formales (Junyent Bas & Flores, 2004B). En esta misma línea, se sostiene que no resulta prudente impedir la intervención del Ministerio Público Fiscal en las controversias en las que se hallen en juego intereses ciertos y directos, jurídicamente relevantes, más allá de que concurra o no una ley que así lo exija. Dicha intervención será, en todo caso, excepcional (Zalazar, 2016).

Podemos mencionar, sin ánimos de agotar el universo de casos, los siguientes procesos en los cuales el Ministerio Público deberá necesariamente intervenir a partir del expreso mandato normativo. Así, siguiendo a Zalazar (2016), podemos mencionar:

En materia civil

- Cuestiones de competencia
- Recusación con causa del juez o secretario
- Actos de Jurisdicción Voluntaria.
- Procesos referidos al estado civil de la persona (limitación de capacidad, inhabilitación)
- Procesos sucesorios (declaratoria de herederos).

En materia concursal

- En representación del síndico cuando no existan fondos suficientes y sea necesario incautar bienes de otra jurisdicción.
- En casos de impugnación de la sentencia de verificación de créditos cuando el síndico sea parte
- En supuestos de impugnación de acuerdo homologatorio.

En materia familiar

- En los procesos en donde se discutan aspectos relacionados a la estructura del acontecer familiar.

En materia de derecho del consumidor

- En todo proceso en que se trate una relación de consumo.

La intervención del MPF se consolida a través de *dictámenes o vistas*, que aun cuando son indispensables, carecen de carácter vinculante.

Ante estos procesos, es posible que se ventile, de modo asociado, mediata o inmediatamente, alguna variable que incida en una eventual responsabilidad por la prevención o recomposición del daño ambiental colectivo. Determinaremos si en estos casos, el MPF, más allá del objeto de su intervención necesaria, podrá introducir mediante sus dictámenes, pretensiones asociadas a la cuestión ambiental y requerir al tribunal interviniente las medidas cautelares que estime pertinentes a tal fin.

Nuevamente partiremos aquí desde un paradigma de *activismo judicial responsable*. En estos procesos que de modo enunciativo mencionamos, el Ministerio Público tendrá un objeto específico, al igual que lo tendrá el procedimiento en cuestión. Algunos de estos, por su propia naturaleza resultan plenamente incompatibles con la ventilación de un asunto ambiental, por lo que, difícilmente pueda existir un caso así. Sin embargo, en otros, es posible que el Ministerio Público, a partir de su intervención, advierta la presencia de una variable ambiental digna de tutela.

En estos últimos casos, entendemos que cabrá examinar ciertos presupuestos para determinar si resulta procesalmente factible que el Ministerio Público Fiscal introduzca una pretensión de prevención, recomposición o indemnización sustitutiva y requiera al tribunal, a tal fin, una medida cautelar ambiental.

Tal y como señala la Corte Suprema de Justicia, en relación a las facultades del juez (léase también Fiscal) previstas en el artículo 32 de la LGA, el límite se encuentra en el respeto al debido proceso. Esto implica «(...) *la imposibilidad de modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si fuese otra, excediendo totalmente el marco legal de la acción. La regulación procesal establece elementos precisos y determinados que no pueden ser franqueados de un modo «contra legem»* (CSJN. «Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otros/ amparo ambiental». Causa N° 5258/2014. Sentencia del 26 de abril de 2016).

Asimismo, partimos de la idea de que el MPF tiene el deber de actuar en defensa del ambiente y orientado en el principio de reparación de daños a la sociedad, lo que le confiere necesariamente legitimación para iniciar un proceso y solicitar medidas cautelares ambientales, o bien, para incorporar la pretensión ambiental y las correspondientes medidas cautelares.

Bajo este entendimiento, esbozamos el siguiente «*test de compatibilidad de tutela ambiental*» para los casos a donde el MPF ya posee intervención de modo obligado en un proceso, aunque con un fin distinto al de resguardo ambiental.

1. En primer lugar, claro está, el representante del MPF deberá haber tomado intervención en el proceso.
2. En segundo lugar, deberá examinarse si existe una variable fáctica o jurídica que incida negativamente, sea de modo potencial o consolidado, en el ambiente o alguno de sus componentes o incluso en procedimientos asociados tales como los que garantizan la participación ciudadana o evaluación de impacto ambiental.
3. En tercer lugar, será necesario que el MPF evalúe cuál es la pretensión a deducir en materia ambiental, sea orientada a la prevención, a la recomposición, al cumplimiento de procedimientos y recaudos administrativos obligatorios tales como el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, por mencionar algunos. En este punto, se podrá pensar en las eventuales medidas cautelares y urgentes a solicitar para resguardar el objeto principal.
4. En cuarto lugar, será necesario identificar el marco legal procesal sobre el cual se tramita la causa, su objeto, estructura y el objeto de la pretensión o pretensiones que motivaran su inicio o la naturaleza de la sentencia que pone fin al pleito.
5. Finalmente deberá contrastarse y determinarse la compatibilidad entre los elementos detectados en el peldaño anterior; con el objeto de la pretensión ambiental que se pretenda introducir y la estructura procesal necesaria para su ventilación. Para determinar la compatibilidad, deberá prestarse especial atención a la estructura del diseño procesal. Esta compatibilidad podrá aceptar un margen de flexibilización para el resguardo del ambiente, más no podrá apartarse de las reglas procedimentales esenciales de modo tal que se desvirtúe la propia naturaleza del proceso y/o su objeto y/o el tipo de sentencia final (declarativa, constitutiva, condenatoria, determinativas, de ejecución).

En caso de que este juicio de compatibilidad sea *positivo*, el representante del MPF deberá requerir al tribunal la incorporación de la pretensión ambiental y el dictado de una medida cautelar. Será este último órgano el encargado de evaluar su procedencia. Para este caso,

Piénsese en el siguiente caso hipotético. En un proceso de quiebra, se advierte la existencia de un proceso paralelo en trámite ante un fuero diferente en el cual la firma en cuestión se encuentra demandada por un daño ambiental. Según nuestra tesisura, el Fiscal interviniente, bajo la misión de tutelar el ambiente, podrá requerir al tribunal concursal la verificación del pasivo ante la eventual responsabilidad

por el daño ambiental y los costos de recomposición. A tal efecto, también podrá requerir al tribunal las medidas cautelares necesarias para garantizar dicho crédito. Similar situación podría pensarse en relación al proceso sucesorio. Pues, satisfacer la pretensión de recomposición ambiental y el crédito que de ella emana, resulta plenamente compatible con el fin del proceso falencial, la verificación de créditos y su satisfacción.

Un caso similar al planteado tuvo lugar recientemente en los autos caratulados “Porta Hnos. S.A.- gran concurso preventivo” SAC n° 8506169, Sentencia N° 245 del 21 de agosto de 2019 dictada por el Juzgado de 1era Instancia Civil y Comercial de 52° nominación de la ciudad de Córdoba. Allí, aunque a instancias del juzgador, citando la LGA y la Ley de Política Ambiental Provincial, se solicitó a la sindicatura una revisión del establecimiento, instalaciones, procesos productivos y eliminación de residuos industriales. También solicitó un informe acerca del cumplimiento de las normas ambientales, facultando al síndico a acudir a la autoridad de aplicación administrativa ambiental. Finalmente, solicitó que se verifique la posible generación de daños ambientales y su posible incidencia como pasivo. Por su parte, se exigió a la empresa concursada que informe sobre el cumplimiento de las leyes en materia ambiental, evaluación de impacto ambiental y acredite la contratación de un seguro ambiental.

Este caso, aun cuando la iniciativa en asuntos ambientales partió del juez concursal en ejercicio de sus facultades ambientales, demuestra su operatividad. Nada obsta a que dichas facultades se ejerciten a requerimiento del Ministerio Público Fiscal.

Igualmente podemos pensar en un ejemplo vinculado a un conflicto de competencia. En este caso, si el fiscal advierte la presencia de una variable ambiental que opera sobre la determinación de la competencia, por ejemplo, una afectación interjurisdiccional, podrá requerir en tal sentido, la asignación de competencia en función de las reglas ambientales. Entendemos que tan sólo se limitará a ello, pues su intervención tan solo lo es a efectos de resguardar la competencia.

Cabe examinar ahora aquellos casos en los cuales el Ministerio Público Fiscal no es parte necesaria y se halla presente en el proceso alguna variable ambiental. Creemos que en estos supuestos, el Tribunal, a fin de evitar la nulidad de las actuaciones, deberá en lo inmediato dar intervención al Ministerio Público Fiscal. Ello a fin de resguardar el interés general y el orden público ambiental. En tal intervención, el Fiscal podrá incorporar pretensiones ambientales y requerir medidas cautelares, siempre en respeto al marco procesal sobre el cual se solicita su intervención.

Pensemos aquí un ejemplo. En una acción por daños y perjuicios individual, se determina que el hecho dañoso, a su vez, ocasionó un daño ambiental colectivo. Este daño, exige, conforme al mandato constitucional, la recomposición prioritaria. Sin embargo, esta pretensión de recomposición no forma parte del litigio pues no ha sido introducida por las partes. Entendemos que en este caso, para evitar la nulidad de las actuaciones, el Tribunal deberá ordenar la intervención del repre-

sentante del MPF. Ya constituido como parte, este podrá introducir la pretensión de recomposición por el daño ambiental colectivo incluso en contra de la parte actora y demandada. Pues el marco procesal, su objeto y la eventual condena indemnizatoria del daño individual, resulta plenamente compatible con la responsabilidad por el daño ambiental colectivo en términos resarcitorios. Claro está que también podrá solicitar una medida cautelar ambiental.

Una situación similar a la planteada, se suscitó en la causa caratulada “Colectora S.A. y Otros c/ YPF S.A. s/ ordinario”, Expediente Nº COM-19994/2017 tramitada ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Las pretensiones en juego, en un primer momento, consistieron lisa y llanamente de una demanda entre particulares por daños individuales y concretos, asociados a los gastos de recomposición por un daño ambiental. En este contexto, el representante del Ministerio Público Fiscal nacional introdujo la pretensión de recomposición del daño ambiental, solicitando la responsabilidad solidaria de ambas partes -actora y demandada-, pretensión que fue acogida positivamente en una primera instancia. Ya en la segunda instancia, el representante del Ministerio Público sostuvo su legitimación y facultad para introducir la pretensión de recomposición ambiental de modo solidario a partir de las reglas ambientales. Además, fundó su legitimación requirente en la misión institucional de promover la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad. En cuanto a la violación al principio de congruencia que las partes alegaban, el representante del MPF sostuvo que, a su criterio, no había existido una flexibilización de las normas procesales o violación al principio de congruencia, pues, el órgano se encuentra plenamente legitimado para exigir la recomposición ambiental. Además, agregó que el tribunal se limitó a aplicar el artículo 31 de la LGA, que aun cuando no había sido invocada por las partes, es de orden público y por ello indisponible por las partes.

Estos precedentes judiciales, creemos, refuerzan la conclusión que aquí sostenemos en torno a las facultades del Ministerio Público Fiscal de introducir, en tanto legitimado activo, pretensiones en relación al bien jurídico colectivo ambiente, solicitando para tal fin las medidas cautelares que estime pertinentes a fin de garantizar el objeto procesal de tutela ambiental.

Finalmente, corresponde resaltar la consecuencia que conlleva la omisión de dar intervención del Ministerio Público Fiscal para ambos caminos examinados, esto es, para los casos en que la intervención obligatoria es exigida por leyes procesales específicas o para aquellos casos en los que la intervención es obligatoria por encontrarse en juego una variable ambiental que responde al interés general aun ante la inexistencia de una ley procesal específica. Creemos, que tal omisión conlleva la nulidad de las actuaciones.

En tal sentido, el Tribunal Superior de la Provincia sostuvo que:

«(...) el Ministerio Público no interviene en nombre propio ejerciendo la acción de otro, sino que su participación en el litigio de consumo lo es en virtud del ejercicio de una legitimación que le es propia y que tiene un fin distinto al perseguido por el consumidor o usuario. En otras palabras, la intervención obligada del Ministerio Público no es a los fines que represente al particular damnificado en la relación de consumo, ni que actúe en el nombre de una Asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional (...)» (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Sala civil y comercial. «Jiménez Tomas c/ Citibank N.A y otra- ordinario – recurso directo». Sentencia N° 72 del 21 de julio de 2003).

Bajo estos argumentos, el Tribunal resolvió la nulidad del proceso debido a la falta de intervención del MPF. Precedente que resulta plenamente aplicable a los procesos ambientales, pues más allá de la diferencia entre este con el derecho de consumo, ambos se vinculan con derechos de incidencia colectiva, aunque referidos a distintos bienes jurídicos. Cabe aclarar que dicha falta de intervención y su declaración podrá ser subsanada, si al darse intervención, aun cuando ello sea de modo tardío, el MPF purga dicho vicio, sin sostener por sí mismo la titularidad de la pretensión nulificante (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Sala civil y comercial. «Fernández, Ruperto c/ Libertad s.a. – ordinario – cobro de pesos –recurso de apelación – recurso de casación» (F 28/13) (Expte. n° 1741312/36). Sentencia N° 62 del 03/06/2015).

XIV. Conclusión

El Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba posee el deber de resguardar el ambiente en tanto bien colectivo, que representa un claro interés social y general. Asimismo, debe velar por el acabado respeto del orden público ambiental. Para cumplir con tal mandato, connaturalmente contará con legitimación procesal para interponer, mediante diferentes vías procesales, pretensiones preventivas, de recomposición y de indemnización dineraria en relación al daño ambiental colectivo. Tal potestad procesal, de acuerdo a las reglas y principios del microsistema legal ambiental, se integra con el deber de requerir medidas cautelares ambientales sea desde una perspectiva inhibitoria o preventiva, conservatoria o resarcitoria.

El ejercicio de tales pretensiones, desde el paradigma del activismo responsable, deberá canalizarse siempre bajo el respeto del principio del debido proceso. Su actuación no podrá desvirtuar la estructura y diseño procesal del que se trate y sobre el cual ejerce de modo obligado o facultativo, sus funciones.

Dentro de este elenco procesal, el Ministerio Público Fiscal, en el marco de la denominada Investigación Penal Preparatoria, podrá imponer de oficio y sin re-

querimiento a un juez, una medida cautelar ambiental. Para ello será necesario que, de modo preliminar, se encuentren configurados los elementos típicos de un delito cuyos efectos negativos recaigan sobre el ambiente o alguno de sus componentes. El fin de la medida cautelar se orientará a impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores, a hacer cesar la comisión o sus efectos, a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes.

También dentro de la Investigación Penal Preparatoria, el Ministerio Público Fiscal se encontrará legitimado para interponer la pretensión de recomposición por el daño ambiental colectivo a través del ejercicio de la «acción civil». Para garantizar esa pretensión, podrá solicitar el dictado de medidas cautelares ambientales al tribunal natural competente de esta etapa denominado «Juez de Control». En esta hipótesis también será necesario, al menos durante la etapa de investigación, que se halle configurado un delito con efectos en el ambiente y sus componentes.

Desde un paradigma de activismo judicial «radical», durante la investigación penal preparatoria, aun ante la acabada comprobación de la inexistencia del delito, el MPF podrá requerir al juez de control el dictado de una medida cautelar ambiental. Esta solicitud, encontrará su fuente normativa en el artículo 32 de la Ley General del Ambiente y prevalecerá sobre el fin principal de la investigación penal preparatoria, que será un marco accidental, circunstancial y contingente sobre el cual prevalecerá la tutela del ambiente y el interés general.

Por fuera de la Investigación Penal Preparatoria, el representante del Ministerio Público Fiscal podrá interponer la acción de amparo ambiental para la prevención, recomposición o indemnización sustitutiva, de acuerdo a la legitimación activa que la Ley Provincial 10208 le concede. Además, deberá intervenir y continuar la acción mencionada, cuando el tribunal denegase la legitimación activa del primer accionante. Asimismo, deberá intervenir, aun cuando no lo haga como actor o continuador de la acción, en todo caso como parte obligada para evitar así la nulidad de las actuaciones. En este marco, de plano tendrá las facultades para solicitar al tribunal el dictado de medidas cautelares ambientales.

Finalmente, el Ministerio Público Fiscal intervendrá de modo obligatorio en determinados procesos con fines específicos ajenos a la tutela ambiental. Sin embargo, si en estos supuestos advirtiese una variable ambiental digna de tutela, deberá someter la eventual actuación al *test de compatibilidad de tutela ambiental*. En caso de superarlo, podrá interponer la pretensión y canalizarla en el proceso. Caso contrario, su actuación se verá limitada al objeto específico de su intervención.

Por último, en toda controversia judicial donde no tenga intervención obligada por asuntos ajenos a lo ambiental, y se halle presente una variable de esta naturaleza, el tribunal deberá requerir la intervención del MPF. A partir de esta intervención, este último deberá ejercer la pretensión ambiental para lo cual podrá requerir medidas cautelares ambientales.

Tras examinar las distintas alternativas procesales, estamos en condiciones de aseverar que el Ministerio Público Fiscal posee un amplio elenco de posibilidades en los cuales podrá, de un modo concreto, actuar en resguardo y protección del ambiente. Esta actuación encontrará razón en su misión institucional y en el robusto orden público ambiental, sin que sea en patrocinio o representación de persona o grupo de personas en concreto. Particularidad que, sin dudas, permite confirmar su rol clave para superar las barreras de acceso a la justicia en asuntos ambientales.

XV. Bibliografía

- BIDART CAMPOS, G. J. *Manual de la Constitución Reformada* (Vol. III), Buenos Aires, Ediar 1997.
- CAFFERATA NORES, J. I., - TARDITTI, A. *Código Procesal de la Provincia de Córdoba comentado* (Vol. I), Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003.
- CAFFERATA NORES, J. I., - TARDITTI, A. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado* (Vol. II), Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003.
- CAFFERATA, N. *Pensamiento Civil* (18 de noviembre de 2016). Obtenido de <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2514-orden-publico-derecho-ambiental-medio-ambiente-unificacion-civil-y#:~:text=El%20ORDEN%20P%C3%9ABLICO%20AMBIENTAL%20tiene,racional%20de%20los%20recursos%20naturales>
- ESAIN, J. A. *Ley 25675 General del Ambiente Comentada, concordada y anotada* (Vol. II), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.
- ESAIN, J. A.. *Ley 25675 General del Ambiente Comentada, concordada y anotada*. (Vol. I). Abeledo Perrot. Falbo, A. J., Buenos Aires, 2022
- _____. “El Acuerdo de Escazú y la cautelar ambiental”, *Diario La Ley* (68), 4-6.
- GOZAÍNI, O. A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires: 2012.
- JUNYENT BAS, F. - FLORES, M.. “El Ministerio Público Fiscal: Algo más que un órgano penal”, *Semanario Jurídico*, 90, 2004
- MORALES LAMBERTI, A. “La actuación del Ministerio Público Fiscal en procesos ambientales no penales: ¿defensa del orden público ambiental o intervención meramente decorativa?”, *Revista de Derecho Ambiental*, 249, 2013.
- PEYRANO, J. W. “Sobre el Activismo Judicial”, *La Ley*, 2008-B837.
- SAGÜES, N. P. *Derecho Procesal Constitucional: Acción de Amparo* (Vol. IV), Astrea, Buenos Aires, 2015.
- ZALAZAR, C. E. *Guía práctica para el ejercicio del derecho. Civil y Comercial* (Vol. IV), Advocatus, Córdoba, 2016.

LA RESERVA NATURAL URBANA GENERAL SAN MARTÍN COMO PATRIMONIO NATURAL Y CULTURAL DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA *

THE GENERAL SAN MARTÍN URBAN NATURE RESERVE AS PART OF THE
NATURAL AND CULTURAL HERITAGE OF THE CITY OF CÓRDOBA

Cristina del Campo
Agostina Armando
Ayelén Blanco
*Carolina Brusco Torres ***

En recuerdo de Cacho Wehbe
(Arq. Paisajista Juan Carlos Wehbe)

Resumen: Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación de la Universidad Siglo 21 (UES21) sobre patrimonio natural y cultural de la Ciudad de Córdoba-Argentina como patrimonio turístico. El sector seleccionado del trabajo -en este caso- es el de la Reserva Natural Urbana General San Martín. La Ciudad de Córdoba se promociona como destino turístico, lo cual no necesariamente implica la tutela del patrimonio natural y cultural que sustenta dicha actividad. Los diferentes proyectos, autorizaciones, etc. -derivados esencialmente del desarrollo urbano- importan, en la mayor parte de los casos, el traspaso de bienes destinados al uso y goce colectivo, al uso y goce individual o sectorial. La pérdida del citado patrimonio en su integridad -como resultado de políticas públicas que reposicionan estos

* Trabajo recibido el 9 de agosto de 2023 y aprobado para su publicación el 30 del mismo mes y año.

** *Cristina del Campo:* Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magister Gestión Ambiental por la UNC. Posdoctorado Facultad de Ciencias Económicas (UNC). Investigadora Principal Universidad Nacional de Defensa (UNDEF). Directora proyecto de Investigación Universidad Siglo 21 (UES21). *Carolina Brusco Torres:* Arquitecta por la Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Diseño de la UNC (FAUD-UNC), Maestrando en Gestión Ambiental del Desarrollo Humano (GADU, FAUD-UNC). Integrante del equipo de investigación UES21. *Agostina del Luján, Armando:* Abogada (UES 21), investigadora (UES 21), Adscripta a la cátedra de Derecho Ambiental (UES 21). Integrante del equipo de investigación UES21. *Marina Ayelén Blanco:* Traductora de inglés por la UNC. Estudiante avanzada de Abogacía UES21, Integrante del equipo de investigación UES21.

espacios- despojan del objeto constitutivo original a las mismas, sobre el que ya se decidió tutela y destino como objeto de conservación con uso y goce colectivo.

Palabras-clave: Patrimonio natural - Reserva natural - Ambiente - Turismo - Conservación.

Abstract: This work is part of the research project on the natural and cultural heritage of the City of Cordoba-Argentina as tourist heritage. The selected area of the work -in this case- is the General San Martín Urban Nature Reserve. The City of Córdoba promotes itself as a tourist destination, which does not necessarily imply the protection of the natural and cultural heritage that sustains this activity. The different projects, authorizations, etc. -essentially derived from urban development- involve, in most cases, the transfer of assets destined for collective use and enjoyment, to private or sectorial usage. The loss of the aforementioned heritage in its entirety -as a result of public policies that reposition these spaces- strips them of their original constitutive object, over which protection and destiny have already been decided as an object of conservation with collective use and enjoyment.

Keywords: Natural heritage - Nature reserve - Environment - Tourism - Preservation.

Sumario: Introducción. I. Breve referencia como punto de partida a los lineamientos teóricos. II. La Reserva Natural Urbana General San Martín. II.1 Sobre el área natural y su tutela. III. Algunos conflictos entre “desarrollo” y conservación del patrimonio natural y Cultural (el camino de la destutela). IV. Sobre la tutela y la destutela del patrimonio natural y cultural en la RNUSM. V. Bibliografía.

Introducción

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación sobre patrimonio natural y cultural de la Ciudad de Córdoba como patrimonio turístico¹. El sector seleccionado, en este caso, es el de la Reserva Natural General San Martín, presentando lo relevado y analizado como normativa de tutela del área, así como algunas de las instancias de desmembramiento de la misma en su integridad como tal.

Se parte de la pregunta genérica del proyecto: ¿El sistema jurídico institucional actual viabiliza la tutela del patrimonio natural y cultural de la ciudad de Córdoba como recurso turístico? Siendo el objetivo general diseñar lineamientos y estrategias de tutela de bienes patrimoniales (patrimonio natural y patrimonio cultural) como recurso turístico de la ciudad de Córdoba a fin aportar al ordenamiento territorial del municipio y positivizar la protección de los bienes patrimoniales en el marco de un desarrollo sustentable, se relevó la regulación jurídica actual a nivel municipal relacionada con patrimonio natural y cultural y la existencia de relevamientos formales públicos (inventarios, catálogos, etc.) de bienes patrimoniales, a partir de lo

(1) “El Patrimonio Natural y Cultural en la Ciudad de Córdoba. Estrategias de Tutela del recurso turístico como patrimonio de los cordobeses” se concreta en el marco del proyecto de investigación de UES21 2022-2023 dirigido por Cristina del Campo y cuyos integrantes son los investigadores Analía Luna, Agostina Armando, Ayelén Blanco y Carolina Brusco Torres.

cual se analizaron y sistematizaron las legislaciones que tratan el patrimonio natural y cultural de la Ciudad de Córdoba en orden al reconocimiento de su aptitud o vocación turística, y -entre otros- identificar las valorizaciones del patrimonio natural y cultural en la relación turismo y patrimonio con criterios jurídicos ambientales en el marco de un desarrollo sustentable.

El patrimonio natural y el patrimonio cultural conforman bienes patrimoniales y, como tales, son componentes esenciales del recurso turístico, importando parte del patrimonio de la Ciudad de Córdoba. La Ciudad cuenta en su territorio con diversas categorías de patrimonio cultural, que van desde protección locales a internacionales, como asimismo de un paisaje natural que la caracteriza, junto a un clima privilegiado, constituyendo el capital turístico de la provincia.

El natural desarrollo de las principales urbes del país, como lo es la Ciudad de Córdoba, se despliega en un avance, en muchos de los casos, sobre su propio patrimonio natural y cultural. Tal avance no siempre considera el impacto en el patrimonio que conforma el recurso turístico y a partir del cual se desarrolla una de las actividades principales económicas de la provincia.

Es evidente que viene siendo necesaria la puesta en valor y aprovechamiento de los componentes patrimoniales de la ciudad a fin de activar, revalorizar, optimizar, restaurar, rescatar, rehabilitar dicho patrimonio. La importancia de preservar el entorno ambiental y cultural como factor de desarrollo requiere de un proceso por el cual los bienes de patrimonio natural y cultural se revalorizan como recursos turísticos. La actividad turística aporta a la provincia parte de los ingresos y su tutela importa el resguardo del patrimonio de todos.

El análisis de la situación de la reserva natural en términos normativos y de políticas públicas, que lo impactan en su integridad, espera ser una muestra de una reinterpretación de lo que implica el objeto de estas áreas y lo que mediante políticas públicas se despliega en el territorio. En algunos casos, estas políticas incluso las incorporan en los objetivos de desarrollo urbano.

Para el tránsito metodológico, en miras a la consecución de los objetivos de este proyecto, se realizó el estudio sistemático de la regulación en la que se enmarcan el patrimonio natural y cultural, para lo cual se relevaron las normativas específicas y se detectaron sus atribuciones específicas, como el reconocimiento de su aptitud o vocación turística. Asimismo, se divisaron las virtualidades de la normativa existente y sus debilidades a partir de un diseño sistemático, mediante un análisis exhaustivo de la regulación vigente. Para ello se utilizó una estrategia de investigación documental recurriendo a la literatura teórica sobre el tema, normativa, así como las fuentes de información disponibles en sitios web de acceso público y aquellas proporcionadas por el municipio de la Ciudad de Córdoba, como inventarios y catálogos.

Con el objetivo de activar el patrimonio para la conversión de bienes de patrimonio natural y cultural se utilizó una adaptación del método de identificación de lineamientos en la normativa de base sobre patrimonio natural y cultural. Esta adaptación se basó en criterios recurrentes que surgieron de fuentes bibliográficas, registros, inventarios, entrevistas, entre otros, y se fundamentó en la lógica difusa para el proceso del análisis de contenido como instrumento para las valorizaciones y el rango tutelar o la inexistencia de ello. A través de la confección de plantillas se detectaron potencialidades, adaptabilidades, contradicciones y otros elementos relevantes, lo que permitió la creación de matrices que posibilitaron identificar aspectos que refuerzan o desalientan la tutela del patrimonio en cuestión. Para el proceso concluyente, que se inscribe en la lógica observacional sistémica, autorreferencial, y una perspectiva constructivista-interpretativa se revisaron los significados, valorizaciones del patrimonio natural y cultural en la relación turismo y patrimonio con criterios jurídicos ambientales, en el marco de un desarrollo sustentable recurriendo a las entrevistas semiestructuradas con actores claves a fin de pre verificar estos primeros resultados. Por otra parte, se utilizaron técnicas de análisis de imágenes satelitales, específicamente a través de Google Earth a fin de contrastar la zonificación del área con la realidad en que se encuentra según las imágenes. Asimismo, en este escrito, se utiliza la técnica de señalamiento en párrafos a modo de *punto* (tipo viñeta) en el que se identifica, conforme a los objetivos del trabajo contextualizado, algún desajuste específico detectado como resaltado de una destutela o desajuste concreto en relación a las finalidades de creación y sustento de la Reserva.

I. Breve referencia como punto de partida a los lineamientos teóricos

Se entiende por patrimonio natural y cultural al contenido en la cláusula ambiental constitucional (art. 41CN). Si partimos de considerar que el patrimonio natural se enmarca en la concepción amplia de ambiente de nuestra constitución podemos proseguir por comparar con lo que puede concebirse como patrimonio ambiental. Lo que implica ideas básicas tales como que el medio ambiente es desde el punto de vista jurídico un *bien*, aunque compuesto de una universalidad de cosas; que el bien, independientemente de la propiedad singular que pueda constituirse sobre algunas de las cosas que lo componen es un bien colectivo, que pertenece a todos, de donde deriva el derecho de toda persona a un medio ambiente apropiado y el reconocimiento del derecho de cualquiera para reclamar su tutela judicial y finalmente que se trata de un bien que está fuera del comercio humano y que *debe conservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras.*

Según la UNESCO “el patrimonio es el legado que recibimos del pasado, lo que vivimos en el presente y lo que transmitimos a las generaciones futuras”.

Si repasamos las *Crónicas de las Sesiones de la Convención Constituyente de 1994*, leemos distintas interpretaciones del término, pudiendo considerar que en la CN se pueden haber adoptado con los siguientes contenidos: 1. *Concepción restringida*

de patrimonio natural: el patrimonio natural es entendido como un área, un espacio de formación determinado de tutela, como un ámbito específico con características excepcionales o particulares. Incluso, una instancia básica es aquella que considera a los lugares de interés natural en la categoría de patrimonio. Estos lugares son áreas geográficamente definidas que han sido designadas, reguladas y administradas con el fin de alcanzar objetivos específicos de conservación, como se establece en el Convenio UNESCO 72, así como regulaciones de parques naturales, áreas naturales, reservas, bosques, bellezas naturales y paisajes en general; 2. *Concepción intermedia de patrimonio natural*: Por la misma se entiende un contenido más amplio que el anterior y es coincidente con los bienes colectivos como el que aparece incluido en la normativa relativa a aire y agua o de prevención de actividades que degraden el suelo, el aire y el agua; 3. *Concepción amplia de patrimonio natural*: En esta concepción se incorporan todos los bienes ambientales naturales, partiendo de considerar que en la CN se incluye como ambiente la biodiversidad, los recursos naturales, el patrimonio natural y el patrimonio cultural. Lo cual se va desplegando en las leyes de Presupuestos Mínimos Ambientales.

Diferentes serán las consecuencias jurídicas de adoptar una u otra de las concepciones.

Es relevante tener en cuenta estas diferentes concepciones al abordar el tema del patrimonio natural en el contexto de la planificación territorial y la protección del medio ambiente. Cada enfoque puede influir en la definición de políticas y estrategias para la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales en una jurisdicción determinada.

El patrimonio natural se constituye por el conjunto de bienes naturales que integran el patrimonio del Estado. Entre sus notas caracterizantes pueden mencionarse:

- vulnerable al accionar antrópico;
- interdependencia entre los componentes y de los procesos ambientales;
- no apropiable como tal;
- naturalidad y normalidad de las que dependen funciones ambientales que permiten, entre otras, *el desarrollo sustentable y el derecho al ambiente sano y equilibrado*;
- parte del territorio sobre el que el Estado ejerce los derechos asociados a la soberanía (del Campo, 2010).

II. La Reserva Natural Urbana General San Martín

El área natural urbana protegida General San Martín (RNUSM) de la Ciudad de Córdoba fue amparada bajo esta genérica tutela en diferentes instrumentos jurídico-normativos que van desde su constitución de “Parque” al de reconocimiento de “Reserva Natural” con las sucesivas subdivisiones internas, lo cual, ante el devenir del desarrollo de la ciudad,

resultó en avances y retrocesos de lo que implica el objeto de un área natural protegida. Estos cambios pueden haber afectado el cumplimiento de los objetivos y la conservación del patrimonio natural que representa la Reserva.

La RNUSM se encuentra al noroeste de la Ciudad de Córdoba, integrada por 114,776 hectáreas que se componen por tres áreas: un área de conservación, un área de amortiguación y un área de uso intensivo.

El *área conservación* cuenta con bosques y pastizales que corresponden al ecotono entre el Espinal y el Chaco Seco, con una gran diversidad de especies de flora y fauna (Arguello, et al.1992).

Según datos del último inventario de la Reserva, integran este patrimonio natural una importante diversidad de especies tanto vegetales como animales; las especies de árboles característicos son el espinillo, el chañar, el quebracho blanco, la tusca y los algarrobos, entre otros (Trevisson, M, et al. ,2022).

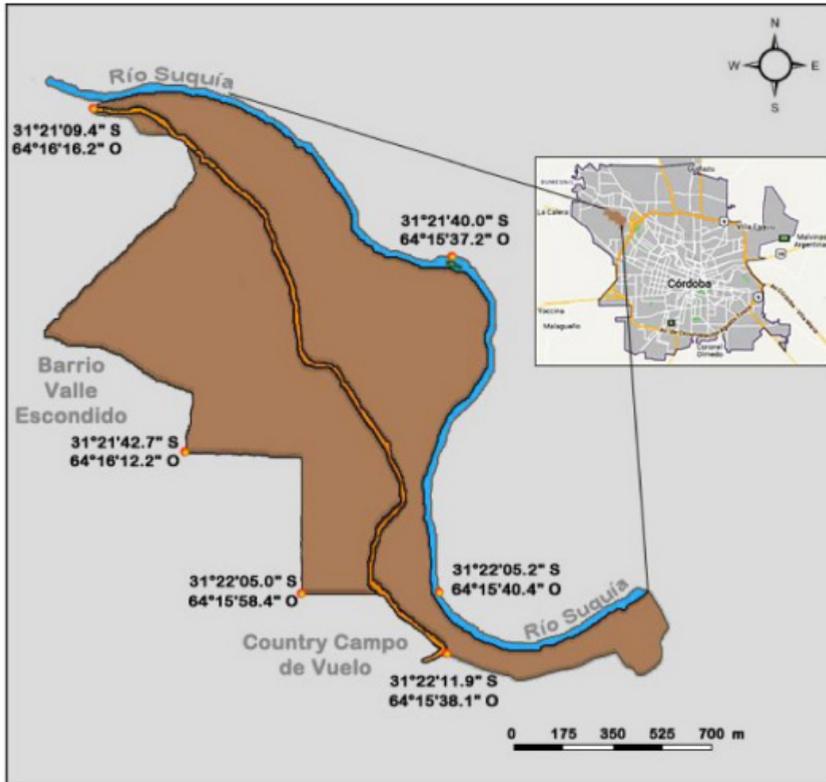
Entre su patrimonio natural se encuentra en la reserva, el “chañar abuelo”², un ejemplar de Chañar (*Geoffroea decorticans*) que tiene unos 245 años, siendo uno de los árboles más antiguos que existen en la ciudad, por lo que fue declarado como Patrimonio Natural Urbano en el año 2022, a través de la Resolución N° 76/22 de la Comisión Honoraria de Arbolado en el marco de la ordenanza N° 12472/ 2015 de Arbolado Público Urbano, que prevé esta figura para habilitar cuidados especiales al ejemplar, promoviendo su identificación, conservación, protección y revalorización.

Como reserva urbana, su especial valor se centra en resguardar sectores naturales que representan paisajes típicos de esta región, a la vez que cumplen con la observancia de proveer a la protección de la biodiversidad.

(2) V. *Bio Córdoba* (2022). Obtenido de <https://biocordoba.cordoba.gob.ar/declaran-patrimonio-natural-urbano-al-chanar-abuelo-de-la-reserva-natural-san-martin/>

Figura I

Ubicación de la RNUSM –área de estudio– dentro de la ciudad de Córdoba



Fuente: Trevison *et al.* (2020)

Entre el *patrimonio cultural* se encuentran -de la época colonial- las ruinas del Molino hidráulico Hormaeche, construido entre 1788 y 1792, el cual fue reconocido como *patrimonio arquitectónico urbanístico de la ciudad de Córdoba* en el anexo de la Ordenanza N°12201 del año 2013, donde se encuentra el catálogo de inmuebles que conforman el patrimonio arquitectónico de la Ciudad³.

En 1978 se crea el Camping Municipal en 12 ha y en 1988 se instala el kartódromo municipal en este mismo sector (actividad hoy no autorizada) y en 1989 se construyó un circuito para Rally Internacional que vincula los dos sectores (lo que incentivó el uso no

(3) Figura el Parque y el Molino Hormaeche V. Excel con catálogo de inmuebles, en la pestaña de noroeste, Distrito 10, Fila 146 <https://gobiernoabierto.cordoba.gov.ar/data/datos-abiertos/categoria/planeamiento/patrimonio-arquitectonico-urbano/32>

autorizado del motocross y de la extracción de áridos). En 1991 ambos sectores se destinaron a la ganadería extensiva.

Leemos en Martiarena *et al.*: “(...) expropiados por la Provincia y donados a la Municipalidad en 1979 por la ordenanza Nº 6933, que lo nombra Parque San Martín (...). Recién en 1996 el Decreto 366G conforma una Comisión de Protección y refuncionalización del parque (Di Marco, 2009), y en 1997 la ordenanza Nº 9655 fija las pautas de manejo con diversos objetivos de conservación de los ecosistemas y paisajes. En dicha ordenanza, si bien se prohíben las actividades de vehículos a motor, se habilitan particularmente las realizadas dentro de la programación del Rally Internacional. También se delimitan los sectores de camping y de reserva, asignando personal de vigilancia a este último, y un presupuesto. Dos años después de la aprobación de la ordenanza se realiza el “Rally del milenio” con una prueba “súper especial” que se corrió en el Parque General San Martín, con 100.000 espectadores (Borello, 2012)” (Martiarena *et al.*, 2021).

Conjuntamente con los sitios en las inmediaciones del Estadio de fútbol (ex Chateau hoy Kempes) se conforma un área de protección-recreación junto con la RNUSN, el Parque del Chateau, el Parque Kempes y el Parque Bustos.

Estos parques, se encuentren al Noreste de la Ciudad de Córdoba, conforman un relevante corredor biológico (urbano), el cual sirve de refugio para la fauna y flora de la ciudad.

El parque del Chateau, posee en su diseño diferentes zonas verdes, una amplia área de bosque, más de mil árboles autóctonos nuevos, además, propone una red de más de 5 kilómetros lineales de amplios senderos que permiten un paseo distendido, recorriendo distintos relieves. En el corazón del nuevo Parque del Chateau encontramos el antiguo palacete Chateau Carreras, edificio que le da nombre al espacio, y que actualmente funciona como Centro de Arte Contemporáneo⁴.

El parque Kempes, compuesto por 80 hectáreas con árboles autóctonos y especies exóticas, está ubicado dentro del Polo Deportivo Kempes. Posee un sendero que recorre el lugar atravesando la vegetación autóctona, con una extensión de más de 2.500 metros lineales, junto al río Suquía⁵.

Junto al parque del Chateau, y el parque Kempes, se encuentra el parque Bustos, un predio de aproximadamente 10 hectáreas a orillas del río Suquía. Su oferta recreativa cuenta con el Jardín de Bustos, que integra 70 mil plantas de más de 350 especies diferentes para componer un enorme tapiz natural. Más del 30% de las especies incluidas son nativas. Además se encuentran los restos del Antiguo

(4) Prensa Córdoba (2019) “El Parque del Chateau un nuevo espacio para todos los cordobeses”, Córdoba. <https://prensa.cba.gov.ar/turismo/el-parque-del-chateau-un-nuevo-espacio-para-todos-los-cordobeses/>

(5) Deportes Córdoba (2023), “Parque del Kempes”, Córdoba. <https://deportes.cba.gov.ar/polo-deportivo-kempes/parque-del-kempes/>

Molino de Roqué, que luego de las excavaciones arqueológicas y las tareas de recuperación permiten una visión impactante de este patrimonio que data de 1830 y se encontraba enterrado en las márgenes del río Suquia⁶. Este último, en el año 2018, fue declarado como componente del Patrimonio Arquitectónico Urbanístico de la ciudad de Córdoba, a través de la Ordenanza 7049: *el circuito Histórico Industrial Hidráulico del Noroeste cuyo recorrido abarca el Molino Roqué con su túnel o acequia de 200 m. de extensión bajo suelo; La cueva del Indio (túnel de 45 de pendiente al río), ubicado en proximidades del complejo Ferial Córdoba; las ruinas, tajamar, acequia, estancia y el Molino Hormaeche, ubicados en la Reserva Natural San Martín; la acequia bajo tierra o túnel de la ULA (Universidad Libre Ambiente), de 100 m. de largo y la acequia que pertenecía al Molino Zavalia» en zona del puente Gavier (Martiarena, et al., 2021).*

II.1 Sobre el área natural y su tutela

La RNUSM es conformada en tutela específica en 1979 cuando mediante Ordenanza N° 6933, como Parque General Don José de San Martín, se le asigna el fin de “conservar los recursos naturales propios de Córdoba”. Treinta años después, el 30 de noviembre del 2009, se designó Reserva Natural Urbana mediante la Ordenanza N°11702, declarándola *Patrimonio Ambiental de Córdoba*. “La ordenanza fue sancionada a partir del pedido de un grupo de vecinos/as que comenzó a organizarse y trabajar para proteger el lugar. Estos mismos vecinos/as fueron impulsados por uno de los guardaparques (Oscar Salzgeber) y conforman la Asociación de Amigos de la Reserva San Martín” (Martiarena et al. 2021).

Si analizamos las diferencias con las Ordenanza 6933/1979 y la Ordenanza de creación de la Reserva Natural del Parque San Martín, surge que la Ordenanza 11702 no amplía en demasía el número de parcelas que forman parte de esta reserva Natural, incluyendo una nueva parcela en comparación con la Ordenanza 6933/1979 que la ubicamos con el número 10-01-004-001.

La Ordenanza 11702 declara al área como “Reserva Natural Urbana” con el propósito principal de conservar los recursos naturales propios de Córdoba.

La superficie de la Reserva está conformada por las parcelas 10-01-001-038, 10-01-002-001 a 005, 10-01-003-001 a 013, 10-01-004-001, siendo estas 20 parcelas (que equivalen a 114,776 ha).

La finalidad constitutiva -entre otras- es: a) Conservar las especies y poblaciones de la biota autóctona; b) Conservar el paisaje y muestras de ecosistemas naturales; d) Contribuir al mantenimiento de la diversidad biológica y del patrimonio genético; g) Promover la participación social y el compromiso ciudadano; i) Permitir el acceso a los bienes ambientales a toda la población de la ciudad, propiciando la recreación y turismo de bajo impacto en un ambiente natural; j) Desarrollar políticas

(6) V. Prensa Córdoba, (2023) La provincia inaugurará este sábado el Parque Bustos, Córdoba. <https://prensa.cba.gov.ar/informacion-general/la-provincia-inaugurara-este-sabado-el-parque-bustos/>

de conservación que aseguren el mantenimiento a perpetuidad de la Reserva; k) Conservar muestras de valor histórico y cultural.

En el artículo 1 de la Ordenanza 11702 se explicita lo que se entiende -a los fines de la declaración- por *Reserva Natural Urbana*: “las áreas naturales insertas en la trama urbana que albergan muestras de ecosistemas nativos representativos de la zona y son objeto de protección diferenciada”.

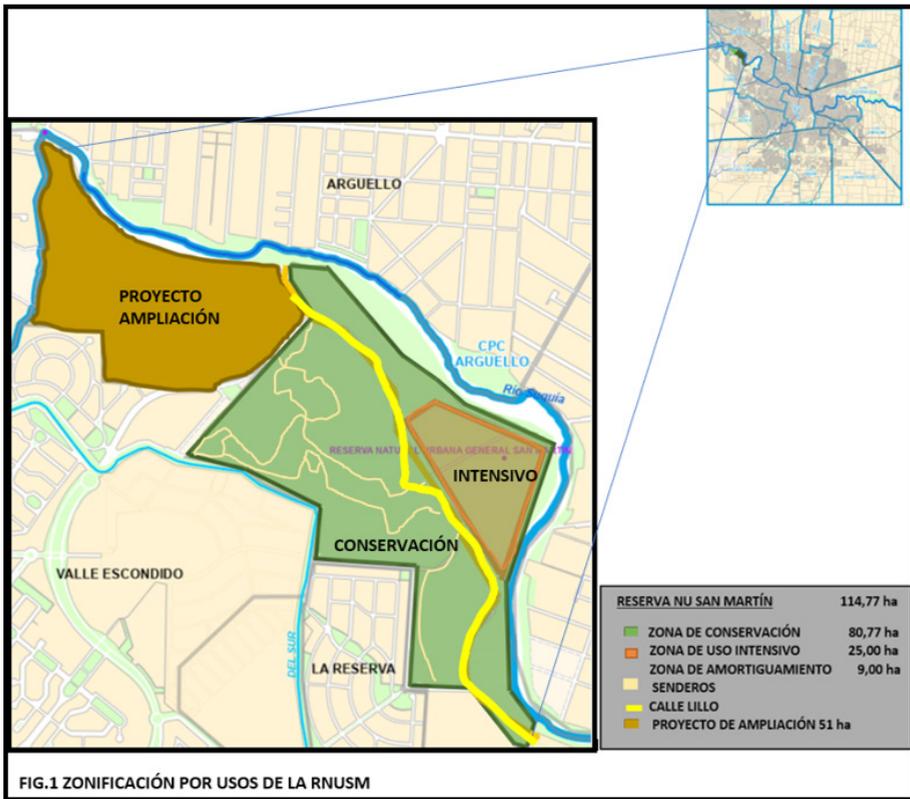
El artículo 2 de la Ordenanza 11702 establece el propósito central de la asignación como RNU que incluye la protección y tutela de la biodiversidad y los ecosistemas naturales presentes en el área, específicamente en los incisos j y k: “desarrollar políticas de conservación que aseguren el mantenimiento a perpetuidad de la Reserva” y “conservar muestras de valor histórico y cultural”. Además, se reconoce a la reserva como un bien jurídico protegido, asegurando su conservación, no sólo para la actualidad, sino además para las generaciones futuras.

Por otra parte, unos artículos después, (entre las definiciones del art 3 se lee qué se entiende por:

- a) Ambiente Natural: Áreas con ninguna o escasa intervención humana que contienen porciones valiosas del ecosistema.
- l) Reserva Natural Urbana: El área definida mediante instrumento público que se dedica a la conservación de ambiente nativo, es decir, proteger la flora y fauna nativa presente en la reserva y sus componentes y procesos, y que permite en las áreas habilitadas para tal fin, actividades educativas y de otra naturaleza, en tanto respeten esta Ordenanza, su reglamento y demás normas aplicables.
- n) Suelo Natural: Suelo que ha sido producido por el ambiente nativo de la reserva y que este mismo ambiente protege.

.....

Todas las definiciones son relevantes al momento de integrarlas en “usos” (art. 4).

Figura 2. La reserva, sus límites y la zonificación

Elaboración propia

La conservación y uso de la Reserva Natural se rigen por una serie de principios, entre ellos: el de *progresividad*; el de *precaución*, los de *sostenibilidad* y *sustentabilidad*, y *uso público* (principio de uso y goce colectivo).

Punto: Si consideramos que la definición genérica constitutiva entiende por área natural “a las áreas naturales insertas en la trama urbana que albergan muestras de ecosistemas nativos representativos de la zona y son objeto de protección diferenciada” (art 1). Y en este artículo se reinterpreta en el art. 3 inc. l): “Reserva Natural Urbana: El área definida mediante instrumento público que se dedica a la conservación de ambiente nativo, es decir, proteger la flora y fauna nativa presente en la reserva y sus componentes y procesos, y que permite en las áreas habilitadas para tal fin, actividades educativas y de otra naturaleza, en tanto respeten esta Ordenanza, su reglamento y demás normas aplicables”. Encontramos que (además de no aportar esta doble definición) incluye como objetos base de tutela, en una, “ecosistemas

nativos” y, en la otra, el “ambiente nativo” como si fueran términos sin una carga esencialmente diferente en términos conceptuales y de contenido, posibilitando con estas dos definiciones sobre un mismo tema (una general, otra específica), debilitando objetivos de conservación, en vez de irlos reforzando hacia un restablecimiento de toda el área como “reserva natural”, como área de conservación de biodiversidad representativa de la Ciudad de Córdoba (y no una siempre “área verde”).

La Reserva se zonifica (otra debilidad en la regulación) en “áreas de manejo” previendo tres: a) *Zona de Conservación*: Tiene por finalidad conservar el ambiente nativo y sus elementos, la flora, la fauna, el suelo y demás partes naturales y favorecer los procesos de sucesión ecológica secundaria que permitan el restablecimiento de la biodiversidad nativa original o asimilable; b) *Zona de Amortiguación*: Abarca una franja de tres (3) metros de ancho a ambos lados de la calle Miguel Lillo y de los caminos interiores y una franja de diez (10) metros en todos los límites, excluyendo las márgenes del río Suquía, ubicadas dentro de las líneas de Ribera, que son de jurisdicción provincial; todo lo anterior, conforme a los límites geográficos establecidos por el Anexo I (...); y c) *Zona de Uso Intensivo*: Comprende las áreas naturales intervenidas que contienen recursos y aptitudes para desarrollar actividades educativas y recreativas. Comprende el predio del Camping Municipal. Tiene por objetivo desarrollar y promover actividades de educación ambiental y de recreación, compatibles con la vida al aire libre y la conservación del ambiente nativo de la Zona de Conservación y de la Zona de Amortiguación. Leyéndose en su regulación de creación que en esta área de uso intensivo se podrán realizar “concesiones”, a los fines de promover el camping municipal, siempre que las mismas no se contrapongan con los objetivos de la presente Ordenanza. En esta, la Unidad de Manejo deberá definir las actividades deportivas no mecánicas que sean compatibles con el plan de manejo de dicha reserva.

Punto. El río Suquía es parte de esta reserva en su tramo correspondiente. La Ordenanza de cita incluye el instituto jurídico de línea de ribera como un aspecto a regular por parte de la titular de la gestión del dominio hídrico público. En tal sentido se lee: “El Departamento Ejecutivo Municipal, a través de la Unidad de Manejo formalizará todos los acuerdos necesarios con las autoridades provinciales para lograr el manejo y conservación del río Suquía, dentro y fuera de la línea de ribera, por estar este funcionalmente asociado a RNU” (art 18). No comprendiéndose esta escisión entre jurisdicciones que no es necesaria en un área con fines públicos y mucho menos en un cauce regulado. Es de resaltar que la definición de línea de ribera que se especifica en la Ordenanza de la reserva no condice con la figura jurídica. Por otra parte, la necesidad de su establecimiento -que allí también se explicita- importa esencialmente el manejo aguas arriba (en las que hay una represa) por lo cual el instituto jurídico de línea de ribera no es aplicable al caso que solo lo es para cauces no regulados. Básicamente porque sería complejo poder establecer un régimen de crecidas en un cauce regulado (del Campo, 2007). Debiéndose aplicar lógicas de

gestión acordes a una reserva natural y en lugar de seguir escindiendo, aunar fines en territorio unificado (sin necesidad de movimientos entre jurisdicciones).

Esta ordenanza establece como autoridad de aplicación a la Secretaría de Ambiente (que es la misma que expide las EIA a nivel municipal) y crea una *Unidad de Manejo* de la Reserva, dependiente de la misma, quien ejecutará el *Plan de Manejo* definido por la Ordenanza (art 10). Su actuación (funciones y deberes) se reglamenta mediante Decreto N° 3661/10, entre ellas, la de llevar adelante toda tarea que propenda al desarrollo y conservación de la Reserva. La Unidad de Manejo asegurará la presencia de los Guardaparques en los días y horarios previstos por las Ordenanzas de administración de personal municipal.

Punto. Leemos en el artículo 13 de la Ordenanza de creación que toda obra, acción o actividad que se proyecte para la Reserva Natural Urbana debe presentarse como Proyecto, de acuerdo a la Ordenanza N° 9847. Lo cual, de nuevo, es contrario a los fines base de la reserva que espera consolidarse con el tiempo y no desmembrarse (incluso la figura de las “concesiones” no debió especificarse (contraria en esencia a los fines de conservación).

En cuanto a las prohibiciones⁷ que establece la Ordenanza de creación son múltiples y de lo más variadas, lo cual no se condice con la posibilidad de actividades habilitadas en la misma (entre ellas las posibilidades de “concesionar”). Y aunque la gran mayoría son preexistentes a la creación, en base a los objetivos constitutivos, debieron irse limitando cada vez más, hasta recuperar esos espacios como de conservación. Incluso se constata, por visitas al área y entrevistas a actores claves, que se cumplen los artículos 14 y 15 en su casi totalidad hasta el momento.

III. Algunos conflictos entre “desarrollo” y conservación del patrimonio natural y cultural (el camino de la destutela)

La Reserva General San Martín ha estado en el medio de variados conflictos que la afectaron o amenazaron principalmente en su integridad. Entre las cuestiones legales, las denuncias y reclamos en las que estuvo involucrada se encuentran:

- Actividades (como el camping) hacen que ingresen grandes cantidades de personas a la reserva -que no necesariamente están interesadas en lo ambiental- generando residuos y ruidos perjudiciales e incluso fogatas con riesgo de generación de incendios.

(7) En cuanto a las prohibiciones que establece la Ordenanza de creación se realizó una entrevista con Oscar Salzberger el día jueves 1 de junio mediante videollamada por WhatsApp, y a Héctor Daniel Tognarelli mediante zoom (referentes de la ONG de cita). Ante la pregunta sobre cuáles de estas actividades se incumplen respondieron que la mayor parte se cumple. V. las prohibiciones establecidas por la Ordenanza 1170. Consultar artículos 14 y 15.

- En la zona de uso intensivo se encuentran una cancha de fútbol, una de hockey y otras canchas de deportes en las que se realizan lógicas actividades deportivas que suelen convocar mucha gente, provocando ruidos y demás impactos (residuos, generación de incendios, fuegos artificiales, etc.).
- El mismo accionar del municipio y la provincia en línea a desarrollo (transporte-deportes)⁸.
- Los incendios en general⁹ (en el año 2011 por ejemplo un incendio iniciado en basurales clandestinos que consumió más de 10 hectáreas de la reserva).
- El tránsito por la reserva en motocicleta (motocross).
- Los proyectos de construcción de puentes y/o calles propuesto por el gobierno de la Ciudad de Córdoba.

Punto. En el año 2007 se conocen los proyectos referidos a la continuación de la avenida Costanera por la Calle Lillo que cruza la Reserva. Atravesando un sitio designado como Reserva Natural Urbana y declarado patrimonio ambiental de la ciudad de Córdoba. Su ordenanza de creación prohíbe específicamente la circulación de vehículos con motor y la construcción de caminos en la zona de conservación.

En el año 2012 la Asociación Civil de Amigos de la Reserva Natural San Martín interpuso acción de amparo contra la Municipalidad de Córdoba, solicitando el cese de la ampliación de la calle Lillo. La misma atravesaría de este a oeste el territorio de la reserva (del Complejo Ferial Córdoba, al Puente Los Carolinos). El juez hizo lugar la acción de amparo y obligó a la demandada a abstenerse de hacer mejoras en la calle Lillo. (“Asociación civil amigos de la reserva natural San Martín c/ Municipalidad de Córdoba – amparo - Expte. n. ° 21.789.237”, 28 de noviembre de 2012). El proyecto referencia a una ampliación de la avenida costanera por parte del gobierno municipal separando así el área natural protegida del río Suquía. El proyecto inicia en la avenida Cárcano (a la altura del estadio Kempes) pasando por detrás del Complejo Ferial para unirse con la calle Miguel Lillo, rodea el camping para finalizar en el puente de La Carolina¹⁰.

En el año 2016 se denunció un desmonte en la Reserva San Martín, las topadoras avanzaron en terrenos del Parque que estaban alambrados. Además de los daños provocados

(8) Tal es el caso de determinadas áreas de gestión. del municipio, por ej., Dirección de Deportes que impulsó la creación de la cancha de hockey dentro de la reserva, o la que realiza las EIA (que la autorizó).

(9) V. *La Voz del Interior*, 10 de septiembre de 2013. Controlan parte del incendio en la Reserva San Martín. *La Voz del Interior*. Recuperado de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/incendio-en-la-reserva-san-martin-0/>; Domínguez, Cristian (19 de mayo de 2020). “Alertan por el riesgo de incendios en la Reserva Natural San Martín”, *El Resaltador*.: <https://elresaltador.com.ar/alertan-por-el-riesgo-de-incendios-en-la-reserva-natural-san-martin/>

(10) *La Voz del Interior* (Redacción 351, 2012). <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/ampliacion-costanera-afectara-la-reserva-san-martin/?login=google>

a las especies autóctonas, también destruyeron el cerco perimetral que marca el límite de la reserva natural. Los operarios dijeron que tenían autorización municipal para trabajar en el lugar, sin embargo, después de intervenir se fueron del lugar y no siguieron con el desmonte¹¹.

En 2023 “La Asociación de Amigos de la Reserva San Martín (AARSM), en Córdoba Capital, denunció que se iniciaron tareas de desmonte en cercanías del puente Los Carolinos, en una zona contigua ubicada al oeste del área protegida. Las tareas, según los testimonios recogidos por los vecinos, son impulsadas por el Gobierno de la Provincia para iniciar la primera etapa de la obra que conecta Valle Escondido con la Avenida Recta Martinoli, en Argüello. Adriana Moyano, de la AARSM, explicó a este medio que “primero vinieron con teodolitos para marcar la obra. Más tarde pusieron estacas y luego trajeron desmalezadoras y motosierras e hicieron la picada para alambra”¹².

El conflicto suscitado entre la decisión de realizar una cancha de hockey por parte del área de Deportes del Municipio en la Reserva, terminó en la justicia (Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín c/ Confederación Argentina de Hockey y otros- amparo, 23 de septiembre 2020). En el año 2018 la Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín, promueve por ante el Juzgado Federal n° 3 de la ciudad de Córdoba, demanda de amparo (Ley 4915) en contra de la Confederación Argentina de Hockey, Federación Cordobesa de Hockey y de la Municipalidad de Córdoba, a fin de obtener la interrupción de la construcción de una cancha de hockey sobre césped sintético con agua a realizarse en el Camping Municipal San Martín, zona de uso intensivo de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín, como así también. de la realización de espectáculos públicos constituidos por partidos de Hockey que disputaran las selecciones argentinas de hockey femenina y masculina en febrero de 2018.

Solicitan una medida de no innovar a los fines de que se abstengan de organizar actividades que excedan los meros partidos de hockey, se impida el acceso vehicular a más de 50 vehículos y la utilización de música, parlantes, fuegos artificiales, bombos, cornetas, luminarias; se abstengan de extraer especies arbóreas y se suspenda todo avance de obra sobre la cancha auxiliar.

Mediante Auto N° 617 de fecha 27 de diciembre de 2018 (fs. 442/448vta) el Tribunal hizo lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada. (Asociación Civil Amigos de la Reserva Natural San Martín C/ Confederación Argentina de Hockey y Otros – Amparo Ambiental 2020).

(11) V. *El Doce TV* (2016), Denunciaron desmonte en la Reserva San Martín, Córdoba- 03 de febrero del 2016. https://eldoce.tv/sociedad/denunciaron-un-desmonte-en-la-reserva-san-martin_12733

(12) En redacción (2023), en zona contigua a la Reserva San Martín: Denuncian desmonte para construir polémica obra vial, Córdoba. (18 de marzo 2023) <https://enredaccion.com.ar/en-zona-contigua-a-la-reserva-san-martin-denuncian-desmonte-para-construir-polemica-obra-vial/>

Finalmente, el tribunal resuelve: I.- Hacer lugar a la acción de amparo ambiental; II.- Ordenar el cese inmediato de toda actividad sobre la cancha de césped sintético sobre agua. III.- Ordenar la restitución y recuperación de la Reserva Natural Urbana Gral. San Martín al estado anterior al momento de la instalación de la cancha de hockey de césped sintético sobre agua, ordenando la remoción de las alfombras sintéticas y la recuperación del suelo de césped natural, para el uso meramente recreativo del Camping Municipal, exhortando a la Municipalidad de Córdoba al cumplimiento íntegro del objeto, de los fines y de las prohibiciones establecidas en la Ordenanza N° 11702 y la normativa complementaria. IV.- Emplazar a la Municipalidad de Córdoba para presente a este Tribunal un “Plan de Gestión Ambiental” para la realización de las tareas de restitución, recuperación y conservación, que asimismo incluya una Auditoría Ambiental sobre Plan de Gestión para vigilar su cumplimiento, entre otras¹³.

Además de lo citado -como luces y sombras- podemos referir la iniciativa de la ONG de cita, la cual, con el fin de resguardar y proteger la reserva, presenta en 2022 un proyecto de ley de ampliación de la misma, habida cuenta que se encuentran disponibles terrenos baldíos en las inmediaciones de la reserva¹⁴. El proyecto, además de ampliar la extensión de la reserva, busca resguardar a la misma en vistas al proyecto de la Municipalidad y de la Provincia para hacer el trazado de la costanera sur, la obra constaría de una calle que pasaría por los terrenos que se quieren proteger, para lo cual ya se estarían realizando movimientos de tierra, y talado de árboles, además en la obra se haría un puente sobre el río Suquía (uniría la calle Recta Martinoli con Valle Escondido)¹⁵.

Es de resaltar, por otra parte (a modo de sombras) que de la lectura del contenido de la EIA de aprobación para la cancha de hockey surge una serie relevante de condicionantes¹⁶, lo cual no es llamativo sobre todo porque es dicotómica la

(13) Poder Judicial de Córdoba (2020) Asociación Civil amigos de la Reserva Natural San Martín C/ Confederación Argentina de Hockey y otros - Amparo Ambiental, Córdoba.

(14) V. ECHEVARRÍA, Luciana (2022) Proyecto de ley Expropiación para anexar 50 ha. a la Reserva San Martín, Córdoba. <https://www.lucianaechevarria.com.ar/ampliar-la-reserva-san-martin/5>

(15) V. *Vía País* (2023) “Graves denuncias sobre la presencia de topadoras en cercanía a la Reserva San Martín de Córdoba”, Buenos Aires.

(16) Se lee en la EIA de aprobación de la cancha de hockey” E) Debe cumplir con la normativa, en especial la que a continuación se detalla: I. Ordenanza N° 5203. Enrarecimiento del Aire... II. Ordenanza N° 7104. Prohíbase la contaminación o degradación de los suelos, del agua, de la flora y de la fauna, y su Decreto Reglamentario N° 211-E-98... III. Ordenanza N° 9612. Gestión de Residuos, desechos o desperdicios, y su Decreto Reglamentario N° 144-E 99 Gestión de Residuos No Convencionales. IV. Ordenanza N° 10311. Impedir la formación de larvas de mosquitos... V. Ordenanza N° 10926. Obligatoriedad de control de Vectores... VI. Ordenanza N° 12051. Establece implementar medidas de ahorro de agua... VII. Ordenanza N° 12208. Prohibición de causar o estimular ruidos innecesarios o excesivos. VIII. Ordenanza N° 12260. Regula daños y pasivos ambientales. IX. Ordenanza N° 12472. Arbolado Público Urbano”.

actividad en sí, con los fines generales de la reserva y sus prohibiciones genéricas. No era descartable reconocer que la actividad aprobada iba a ir acompañada de otra serie de acciones (por ej. transporte y circulación de público masivo, generación de residuos derivados de la presencia de los mismos) incompatibles con los fines constitutivos de la Reserva.

Punto. Entre los conflictos entre normas pueden resaltarse la desarmonización entre los fines de la reserva y la explotación comercial, facultad de concesionar, que se asigna a un ente municipal (Ente Municipal BIOCÓRDOBA)¹⁷ como objetivos de creación (art. 4) el mantener y explotar comercialmente los actuales predios del Jardín Zoológico y el Parque Sarmiento en el marco de la normativa vigente, y la Reserva Natural Urbana Parque General San Martín conforme a lo establecido en la Ordenanza N° 11702. “Entre sus funciones se encuentran las de: e) Analizar y estudiar sitios que puedan ser declarados de interés natural, cultural y patrimonial dentro de los predios indicados en el inciso a) del presente artículo, a los fines de proteger y preservar el relicto y reservorio de la flora autóctona y el bosque nativo que se encuentran en dichos predios así como en la Reserva Natural Urbana General San Martín. Estos espacios deberán conservarse sin modificaciones que puedan impactar sobre su biodiversidad, sus funciones ecosistémicas y los beneficios que brindan a la población”.

La atribución de la facultad de explotación comercial a este ente municipal crea una contradicción con los objetivos de conservación de la reserva, ya que la explotación comercial puede tener impactos negativos en la biodiversidad y las funciones ecosistémicas de la reserva. Este conflicto refleja la falta de armonización y coherencia entre las diferentes disposiciones normativas y los objetivos establecidos para la reserva.

(17) Creación del Ente Municipal BIOCÓRDOBA Ordenanza N° 13078.

Figura 3. Las ordenanzas, lo provincial y los usos



Elaboración propia en base mapas satelites.pro
 (https://satellites.pro/mapa_de_Argentina#-31.356990,-64.275084,15)

Punto. Entre estas luces y sombras del análisis del relevamiento de imágenes y de la intervención en mapas realizado en el marco de la investigación de cita, pudo resaltarse con el marcado de zonas y de parcelas con su respectiva denominación catastral, que se evidencia la existencia de zonas con alto riesgo de ser apropiadas, habida cuenta que han quedado en la interfase entre provincia y municipio en materia de jurisdicción legislativa y competencial.

IV. Sobre la tutela y la destutela del patrimonio natural y cultural en la RNUSM

La reserva nace como inquietud de los vecinos del lugar y organizaciones ambientales con objetivos de conservación. Si bien la situación en la actualidad es la de encontrarse entre un estadio mundialista y una intensa urbanización; además de colindar con rutas de circunvalación de uso intensivo. Esta situación se ve potenciada ante la sed de la urbanización.

En este contexto, la reserva incluye en su paisaje un río de cauce regulado, el Suquía, que la costea luego de atravesar las urbanizaciones superiores en la cuenca, así como las mismas urbanizaciones que la colindan, aportándole una visión de aguas con importante carga de las externalidades derivadas principalmente de la instalación de lo urbano (carente de cloacas).

Lamentablemente la norma de creación, (de muy buena voluntad) cuenta con una muy deficiente técnica legislativa, probablemente fruto de las negociaciones internas a su sanción, que la termina convirtiendo en dicotómica a los fines tutelares. Un ejemplo de ello es la zonificación, -que si bien se trata de caminos, senderos y camping- se presenta como una ventana al paulatino desmembramiento de la reserva.

La inclusión del sitio como área de conservación, no puede seguir siendo desmenuzada en sus fines de creación dejando abiertas posibilidades de cambios en sus fines. Si este es el fin constitutivo no se entiende que se siga manteniendo esta zonificación (en vez de utilizar el citado principio de progresividad, de la misma ordenanza) y retomar este espacio adecuándolo a los objetivos fundacionales.

Otro punto relevante de nuestro trabajo fue puntualizar en la escisión jurisdiccional dentro de la reserva la que, a modo de espada de Damocles entre lo provincial y lo municipal, deja abierta una puerta para la intromisión de lo privado. Éste es el caso de las manzanas catastrales que integran la reserva y lo provincial.

Fuertemente amenazada, la reserva trata de sobrevivir con el principal apoyo y tareas incansables de los defensores ambientales de la ONG nacida a tales efectos (así como por una serie de ONGs, universidades, e incluso la instalada allí mismo). Dependiendo en su supervivencia como tal de una norma que no viabiliza mucho su consolidación en sus fines base -ya que contiene demasiados vericuetos o espacios que permiten el paso del uso intensivo al sectorial y del mismo al privado- y contando con un municipio que esgrime persistentemente derechos al desarrollo urbano; es notorio que la supervivencia de la misma se ve limitada en el tiempo.

La realidad del área como reserva natural urbana es dicotómica en sí misma, presentándose como insustentable sin la permanente actuación de la ONG, que la defiende en su existencia. El deber constitucional de las autoridades conforme a la cláusula constitucional ambiental, de proveer a la preservación de la diversidad biológica y a la preservación del patrimonio natural y cultural, entre otros, se les suma a los simples habitantes con su deber de preservar el derecho al ambiente sano y equilibrado constitucional, a ejercer obligaciones de los poderes del estado y además batallar permanentemente con lo local.

La preservación del derecho al ambiente sano y equilibrado es la tarea que están llevando a cabo estas ONG ambientales, prácticamente solas, enfrentándose a las autoridades encargadas de su tutela desde el nivel constitucional al específico. Resulta llamativo que se haya adherido a un tratado regional de derechos humanos

ambientales como el de Escazú, mientras los *defensores ambientales* deben seguir sosteniendo por sí mismos los derechos ambientales de todos, frente a ciertos tipos de gestión pública que -según las políticas públicas implementadas ya mencionadas degradantes de la reserva- esgrime derechos de desarrollo urbano por encima de una norma, que -aunque deficiente- es tutelar en sus fines.

La “destutela” del patrimonio natural de la ciudad de Córdoba se evidencia en la creciente antropización -que a modo de parque o plaza- va carcomiendo la posibilidad de conservar muestras verdaderamente representativas de la biodiversidad del lugar, no propendiendo a restablecerla sino muy por el contrario reconociendo su entidad de “urbana” como una enfermedad terminal de la que no se puede escapar.

Cuando la “destutela” se manifiesta en el contexto del “desarrollo urbano”, los derechos de incidencia colectiva terminan cediendo a derechos sectoriales e individuales; la fragmentación (principio de no regresión) en áreas de conservación es un retroceso en derechos colectivos.

V. Bibliografía

- ARGÜELLO, L. - GALLINO, L. - STERNBERG, M. (1992) *Parque General San Martín (Vol. 2)*, CERNAR, Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba.
- DEL CAMPO, C. (2007) *Línea De Ribera Ambiental*, Tesis Doctoral. UNC.
- DEL CAMPO, C. (2010) “El Agua como patrimonio natural y cultural”, *Cuaderno de Derecho Ambiental*, IDARN, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba.
- MACHNICKI, A.- SALZBEGER, O. - TREVISSON, M. (2020) “Reserva Natural Urbana San Martín: Actualización del inventario de mamíferos y difusión de las principales especies de mamíferos presentes”, *Investiga+*, 3(3), 223-256. http://www.upc.edu.ar/wp-content/uploads/2015/09/investiga_mas_a3n3.pdf
- MARTIARENA, Miguel - ROMANUTTI, Virginia - CHERNICOFF, Susana - TREDICI, Romina (2021). “Estrategias de Resiliencia para la Infraestructura Verde en Córdoba (Argentina): La Reserva Natural Urbana San Martín” (https://www.researchgate.net/publication/356069150 ESTRATEGIAS_DE_RESILIENCIA_PARA_LA_INFRAESTRUCTURA_VERDE_EN_CORDOBA_ARGENTINA_LA_RESERVA_NATURAL_URBANA_SAN_MARTIN).
- TREVISSON, M. *et al.* (2022) “Reserva Natural Urbana San Martín: informe de avance sobre la actualización del inventario de mamíferos y difusión de las principales especies presentes”, *INVESTIGA +*, Año 3, Nº 3, diciembre de 2020, pp. 240-256 (<https://revistas.upc.edu.ar/investiga-mas/article/download/58/167/243>)

LIMITACIÓN A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO
Y SUS IMPLICANCIAS EN MATERIA DE
RESPONSABILIDAD PARENTAL *

*LIMITATION TO THE CAPACITY TO EXERCISE AND ITS
IMPLICATIONS IN TERMS OF PARENTAL RESPONSIBILITY*

*Natalia Elizabeth Carrizo ***

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo examinar el régimen jurídico vigente en materia de restricción a la capacidad de ejercicio de las personas humanas en base a la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Octava Nominación de la ciudad de Córdoba en los autos caratulados: "O.R., N.S.-Demanda de Limitación a la Capacidad" - (Auto Número 122 de fecha 26/04/2022). Motivó el presente, el siguiente interrogante: ¿Resulta posible la conservación de la responsabilidad parental ante una limitación a la capacidad de ejercicio? A tal fin, se examina el nuevo marco legal, en función del proceso de constitucionalización del Derecho Privado que provoca un cambio de paradigma en materia de Derechos humanos. En efecto, a raíz de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo se construye un nuevo escenario para el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la persona humana. Adoptando los ajustes razonables que permitan resguardar su autonomía para el ejercicio de los derechos subjetivos en general, y, en particular, los relativos a la responsabilidad parental.

Palabras-clave: Capacidad - Sistema de apoyos - Responsabilidad parental - Salvaguardias.

Abstract: The objective of this paper is to examine the legal regime in force regarding the restriction of the exercise capacity of human persons based on the resolution issued by the Court of First Instance in Civil and Commercial Matters of the Eighth Nomination of the city of Córdoba in the titled proceedings: "O.R.,

* Trabajo recibido el 23 de agosto de 2023 y aprobado para su publicación el 15 de septiembre del mismo año.

** Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Profesora ayudante "A" en la asignatura Derecho Privado I con extensión de funciones en el Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: natalia.carrizo@unc.edu.ar.

N.S.-Demand for Capacity Limitation” - (Auto Number 122 dated 04/26/2022). The present was motivated by the following question: ¿Is it possible to preserve parental responsibility in the face of a limitation on the capacity to exercise? To this end, the new legal framework is examined, based on the process of Constitutionalization of Private Law that causes a paradigm shift in the field of Human Rights. Indeed, as a result of the Inter-American Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its optional protocol, a new scenario is being built for the recognition and exercise of rights of the human person. Adopting the reasonable adjustments that allow to safeguard their autonomy for the exercise of their subjective rights in general, and, in particular, those related to their parental responsibility.

Keywords: Capacity - Support system - Parental responsibility - Safeguards.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Restricciones a la Capacidad: Principios comunes. IV. Presupuestos para la procedencia de la declaración de restricción a la capacidad o incapacidad. V. Examen de la situación jurídica y su adecuación con el nuevo marco legal. Doctrina Judicial. VI. Las medidas cautelares previstas por el artículo 34 del Código Civil y Comercial de la Nación. Doctrina judicial. VII. Designación del Régimen de protección, asistencia y promoción de la autonomía. VII. a) Actos de contenido no patrimonial. Doctrina judicial. VII. b) Actos de contenido patrimonial. Doctrina judicial. VIII. Responsabilidad Parental. Salvaguardias. Doctrina Judicial. IX. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo examinar el régimen jurídico vigente referido a la limitación a la capacidad de ejercicio de las personas humanas y sus implicancias en materia de responsabilidad parental.

Motivó el interés en la temática, la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Octava Nominación de la ciudad de Córdoba en los autos caratulados: “O.R., N.S.-Demanda de Limitación a la Capacidad” - (Auto Número 122 de fecha 26/04/2022). En el caso, se solicita la determinación del sistema de protección y asistencia que resulte más beneficioso para N.S.O.R. a los fines de comunicar la medida adoptada al Juzgado de Niñez, Adolescencia, Familia y Género de 4ta. Nominación de la ciudad de Córdoba.

De las circunstancias de la causa, resulta que la situación jurídica de N.S.O.R., no se ajusta al ordenamiento vigente en materia de capacidad, lo que genera la inquietud de analizar los principios comunes de interpretación normativa. Vale decir, los requisitos de procedencia de la declaración de restricción a la capacidad o incapacidad; los sistemas de protección imperantes en beneficio de la persona humana y su autonomía; las medidas preventivas de carácter judicial para el resguardo de la persona y su patrimonio.

Finalmente, se analizará la posibilidad cierta de conservar el ejercicio de la responsabilidad parental mediante la implementación de ajustes razonables que permitan resguardar la autonomía de la persona humana en situación de discapacidad.

II. Hechos

Con fecha 16/06/2011 el Juzgado de Familia de 2da. Nominación de la ciudad de San Juan declara por sentencia judicial la “insania” de N.S.O.R. designando a su hermano M.O., como curador.

Debido a los resultados vertidos por las valoraciones psiquiátricas, psicológicas y sociales desarrolladas con posterioridad se pudo constatar que la persona encargada de su cuidado, el Sr. M.O., mantenía un vínculo conflictivo y violento con N.S.O.R. por lo que se dispuso su separación de tal función con fecha 08/04/2021. A partir de entonces, la abogada Fara Lencinas fue designada para desempeñar las tareas propias de un sistema de protección, asistencia y autonomía de N.S.O.R.

Luego, la abogada Lencinas, en su carácter de apoyo provisorio y asistente letrada de N.S.O.R. solicita al Juzgado Civil y Comercial de 8va. Nominación de la ciudad de Córdoba que determine con carácter de urgencia el sistema de protección, asistencia y promoción de la autonomía que corresponda y se notifique la medida adoptada al Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 4ta. Nominación de la ciudad de Córdoba en el que tramita la causa “O., S.V.-O., M.E.-CONTROL DE LEGALIDAD”.

Motiva su petición la revinculación existente entre N.S.O.R. y la Sra. N.G., quien fuera la pareja del padre de aquella durante los primeros años de su infancia, a quien reconoce como madre, y del hijo de ésta, el Sr. R.A.G.G., que es su hermano de crianza.

Que la situación actual amerita proponer como sistema de apoyo principal al Sr. R.A.G.G. con la colaboración integral de la Sra. N.G., la abogada Fara Lencinas y María Gabriela Coloccini por resultar lo más beneficioso para N.S.O.R.

III. Restricciones a la Capacidad: Principios comunes

“En la regulación tradicional de Vélez -con la posterior modificación de la ley 17711- las personas mayores de edad que, por causa de salud mental, se ubicasen en situación de riesgo de otorgar actos perjudiciales a su persona y/o patrimonio podían ser declaradas incapaces para todos los actos de la vida civil. La declaración de interdicción aparejaba como consecuencia la designación de un curador para la celebración de dichos actos -todos-, ya que la incapacidad revestía carácter total”¹.

(1) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, 1ra Edición, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 77.

Con posterioridad, en virtud del proceso de constitucionalización del Derecho Privado, que encuentra su origen en la reforma constitucional del año 1994, surge la necesidad imperiosa de incorporar principios y garantías en materia de Derechos Humanos en nuestro sistema jurídico interno. En efecto, a raíz de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad² y la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su protocolo facultativo (CDPD)³ se construye un nuevo escenario para el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la persona humana. Es así, que se produce la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental⁴ con el objeto de asegurar la protección de la salud mental de todas las personas y en particular, el pleno goce de los Derechos Humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentren en el territorio de la República.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en el año 2015, logra materializarse el cambio de paradigma que se originó con la reforma de nuestra Carta Magna cuyo eje de protección es la persona en sí misma y en todo aquello que le es inherente. En palabras de Alterini, “El progresivo desarrollo que fueron adquiriendo los documentos y tratados internacionales de contenido humanitario a partir de la creación de la ONU, fue construyendo un entramado de normas y principios cuyo objeto y fin, es el resguardo de los derechos fundamentales de la persona humana (...)”⁵.

En el artículo 31 del Cuerpo unificado encontramos los principios comunes que servirán de guía para la resolución de controversias en materia de capacidad:

a) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial

En concordancia con lo dispuesto por el artículo 24 del CCCN, todas las personas humanas son capaces de ejercicio, salvo que una sentencia judicial restrinja su capacidad o declare su incapacidad. “En cuanto a la aclaración final que formula el inciso “aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”, desde una primera y rápida mirada podría cuestionarse su incorporación por cuanto

(2) Instrumento Internacional suscripto en Guatemala el 08 de junio de 1999. Aprobado por la República Argentina por Ley N° 25280 el 06 de julio de 2000 y ratificada por el Gobierno argentino el 10 de enero de 2001.

(3) Instrumento internacional aprobado por Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Aprobado por la República Argentina por Ley 26378 y ratificada por el Gobierno argentino el 02 de septiembre de 2008.

(4) Ley 26657, sancionada con fecha 25 de noviembre de 2010 y promulgada con fecha 02 de diciembre de 2010.

(5) ALTERINI, J. H. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Tomo I, Thomson Reuters La Ley, 2015, p. 249.

la internación de una persona en nada afecta su capacidad jurídica y su condición ante la ley (...)”⁶.

b) Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona

La influencia de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo determina que se tenga en mira un modelo social de discapacidad, en virtud del cual, se observa la situación de discapacidad como el resultado de la interacción de la persona con las diferentes barreras que presenta el medio en el que se encuentra. Con especial resguardo de sus derechos subjetivos y procurando el ejercicio de su autonomía individual.

c) La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial

“De tal modo no es atributo ni poder exclusivo de la ciencia médico psiquiátrica la calificación de la existencia o ausencia de salud mental, requiriéndose por el contrario intervenciones de carácter interdisciplinario”⁷.

d) La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión

Resulta de importancia destacar que los instrumentos internacionales hacen referencia al uso de herramientas propias de la ciencia y tecnología con el fin de erradicar todo tipo de barrera que impida a las personas en situación de discapacidad o cuya capacidad de ejercicio se encuentra cuestionada a recibir información clara, concreta y precisa que garantice su derecho de defensa.

“A los fines de conceptualizar esta regla, recordamos que la CDPD incluye en la noción de comunicación “los lenguajes, la visualización de textos en Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”⁸.

(6) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, Ob. Cit., p.80.

(7) *Ibidem*, p. 81.

(8) *Ibidem*, p. 82.

e) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios

La persona humana es reconocida como parte en virtud de ser principal interesado/a en aquellos procedimientos judiciales en los que se solicita una declaración de capacidad restringida o incapacidad para garantizar la regla de inmediatez que debe estar presente en cada etapa del litigio asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables que sean menester.

f) Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades

Este postulado es congruente con el principio general de la capacidad y el resguardo de la autonomía de la voluntad del sujeto. Es decir, preservar el derecho a recibir un tratamiento personalizado conforme la situación jurídica de la persona, en un ambiente apto con un especial resguardo de su intimidad y libertad de comunicación.

“Un derecho internacional de los derechos humanos que propone la primacía del ‘mejor derecho’, en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones”⁹.

IV. Presupuestos para la procedencia de la declaración de restricción a la capacidad o incapacidad

El artículo 32 del CCCN establece los presupuestos a tener en cuenta para la procedencia de una declaración de capacidad restringida o incapacidad.

En primer término, se identifica un presupuesto intrínseco: “Del texto puede extraerse una conclusión trascendente, cual es que el Código unificado mantiene el modelo biológico-jurídico toda vez que establece que el juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de trece años para determinados actos, estableciendo como requisito que padezca “una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad”¹⁰. Vale aclarar que “el ‘piso’ impuesto en los 13 años guarda coherencia con la categoría de adolescente incorporada en el CCC (art. 25) y la inexistencia de discernimiento para los actos lícitos por debajo de dicha edad”¹¹.

(9) TSJ Córdoba, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “O., H. A. c/ APROSS. - Amparo (Ley 4915) - Recurso de Apelación”, 14/3/2019.

(10) CHIAPERO, Silvana María - PALMERO, Juan Carlos, *Manual de Derecho Privado, Parte General*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2017, p. 174.

(11) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, Ob. Cit., p. 84.

La Ley Nacional de Salud Mental, dispone en su artículo 3, que la salud mental representa un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social. “La expresión ‘alteración mental’ está empleada en un sentido amplio, comprensivo de las enfermedades mentales tipificadas por la ciencia psiquiátrica (ellas pueden ser psicóticas o no psicóticas). Quedan asimismo abarcadas por el término las personalidades anormales no patológicas, como las personalidades psicopáticas propiamente dichas (epileptoides, esquizoides, histéricas, paranoides), los deterioros cognitivos por alguna causa orgánica y, en fin, cualquier otra situación que se pueda encuadrar como “alteración mental”¹².

En materia de adicciones, importa un resguardo especial para los sujetos que manifiestan un uso perjudicial de sustancias, tales como el alcohol, estupefacientes, psicotrópicos, y demás componentes con aptitud suficiente para provocar dependencia física y/o psíquica, afectando la vida de relación de la persona humana.

Por otra parte, se identifica un presupuesto extrínseco que requerirá de una valoración más que exhaustiva del magistrado/a interviniente. “Se requiere que el juez estime que del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar un daño a la persona o a sus bienes. Ambos factores biológicos se integran con la posibilidad del daño, el que no es necesario que sea actual o se haya producido, sino que es suficiente la fundada posibilidad que se produzca, en atención a las circunstancias personales del denunciado y adoptando como pauta el nivel de perturbación que resulte de la prueba producida”¹³.

V. Examen de la situación jurídica y su adecuación con el nuevo marco legal. Doctrina Judicial

El juez de primera instancia considera que en virtud del tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia judicial que declaró la “insania” de N.S.O.R. y los importantes cambios legislativos en materia de capacidad dicho resolutorio no resulta ajustado a derecho. Vale decir, la situación jurídica de N.S.O.R., debe fijarse de conformidad con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657 y las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, concretamente, las normas contenidas en la Sección Tercera Restricciones a la Capacidad, Capítulo 2, Capacidad, del Título I- Persona humana, Libro I, Parte general.

Sostiene que en virtud del compromiso asumido internacionalmente por la República Argentina al ratificar las convenciones mencionadas deben adoptarse las

(12) ALTERINI, J. H. Ob. Cit., p. 274.

(13) *Ibidem*, p.270.

medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad a los apoyos necesarios con la aplicación de las salvaguardias adecuadas y efectivas.

Asimismo, considera que el artículo 32 del CCCN le permite distinguir la declaración de capacidad restringida con respecto a la incapacidad, como medida de carácter excepcional. Ya que solo en caso de imposibilidad absoluta de comunicación cabría la designación de un curador como sistema de protección asignado al sujeto para sustituir de manera integral su voluntad.

VI. Las medidas cautelares previstas por el art. 34 del Código Civil y Comercial de la Nación. Doctrina judicial

El magistrado manifiesta que la norma del artículo 34 del CCCN permite la implementación, durante el proceso judicial, de todas las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales del sujeto. Que la valoración de la concurrencia de los presupuestos requiere examinar el contenido de la denuncia y cada elemento acompañado a los fines probatorios. De este modo, se aprecia el dictamen interdisciplinario, la prueba pericial psicológica practicada por la perito oficial psicóloga Licenciada Gianina Andrea Vittore, de fecha 23/12/2021, la pericia de la Licenciada en Trabajo Social Constanza Doffo, de fecha 01/07/2021 y el informe del médico psiquiatra de fecha 04/03/2022. Por otra parte, la información recabada por el tribunal en las distintas entrevistas personales mantenidas con N.S.O.R., de fecha 07/04/2021, 10/09/2021, 18/02/2022 y 26/04/2022. En tal línea, surge que N.S.O.R. en modo alguno se encuentra en la hipótesis del último párrafo del artículo 32 del CCCN, es decir, absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato sin que un sistema de apoyo resulte eficaz. Por lo que correspondería, en todo caso, restringir la capacidad para determinados actos y designar el o los apoyos pertinentes.

El sentenciante agrega que su decisión encuentra sustento en el retraso mental leve, juicio disminuido, memoria e inteligencia deterioradas, modalidad vincular inmadura, pero vigil, conectada de modo adecuado al medio. Orientada en tiempo y espacio, atención conservada, lecto-escritura lograda y posibilidad de cálculos matemáticos simples que surgen de los medios de prueba incorporados oportunamente.

A tal efecto, se observa la propuesta como sistema de apoyo principal de R.A.G.G, hijo de la Sra. N.G., quien fue pareja del Sr. M.O., padre de N.S.O.R.

El juez relata que la Sra. N.G. contribuyó en la crianza de N.S.O.R. durante los primeros años de su infancia hasta que culminó el vínculo con su progenitor. Destaca, que es referida por N.S.O.R. como su mamá y el Sr. R.A.G.G., hijo de aquélla, como su “hermano del corazón”.

En razón de los informes acompañados, el Sr. R.A.G.G., carece de antecedentes penales, no se encuentra inscripto como deudor alimentario moroso y no registra procesos concursales ni falenciales. Por otra parte, de la consulta realizada en el Sistema

de Administración de Causas Multifuero no surge la existencia de procesos en su contra. Siguiendo este razonamiento, en la central de deudores del Banco Central de la República Argentina se puede comprobar una situación de cumplimiento regular de sus obligaciones con consumos promedios sin registros de cheques rechazados.

Finalmente, el Sr. R.A.G.G. expresa que sus ingresos económicos provienen del alquiler de propiedades, entre las que se destaca un condominio de 33 hectáreas cuyo juicio de usucapión se encuentra en trámite.

Es de destacar, que en la entrevista realizada con fecha 26/04/2022, el Sr. R.A.G.G. manifiesta su decisión de proponerse como sistema de apoyo de N.S.O.R., asume el compromiso de llevar adelante todas las funciones que faciliten a N.S.O.R. la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

No deja de ser menor la manifestación vertida por la Sra. N.G., que declara tener experiencia como asistente terapéutico y se compromete a colaborar con su hijo en las diversas tareas.

El juzgador también valora que el Sr. R.A.G.G., hace saber que, junto con su madre, posee un predio de 33 hectáreas en Deán Funes en donde se encuentran instaladas sus viviendas. Expresa, que en el término de un año daría fin a la construcción del inmueble para que N.S.O.R. junto con sus hijas y mascotas puedan radicarse allí. Durante dicho lapso de tiempo, se alquilaría una propiedad para brindarle a N.S.O.R condiciones dignas de vivienda.

Se hace mención que la abogada Fara Lencinas, apoyo provisorio en la causa referida, visitó el predio para verificar lo declarado por los interesados, pudiendo constatar las comodidades con las que cuenta el sector siendo conveniente para el desarrollo de la vida de N.S.O.R con su núcleo familiar.

El tribunal toma razón de lo siguiente: el compromiso de R.A.G.G. a contratar una persona idónea que acompañe y asista a N.S.O.R. en el cuidado y crianza de sus hijas a los efectos de la revinculación necesaria para el ejercicio de su maternidad; las manifestaciones de la abogada Fara Lencinas de continuar ejerciendo su rol en lo que respecta al asesoramiento letrado y representación jurídica de N.S.O.R. y su apoyo; las declaraciones de la abogada María Gabriela Coloccini en prestar colaboración en la revinculación de N.S.O.R. con su núcleo familiar y en el trámite por ante el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 4ta. Nominación de la ciudad de Córdoba.

El sentenciante al otorgarle la palabra a la parte interesada, N.S.O.R., verifica su absoluta conformidad con que R.A.G.G sea la persona que ejerza la función de apoyo y su voluntad de residir en Deán Funes por ser su lugar de crianza y donde encuentra mayor resguardo y contención familiar.

Concedida la palabra a las auxiliares de las Asesorías del 4º, 5º y 9º turno nada tienen que decir en relación a los propuestos.

Una vez considerados tales lineamientos, el juez, determina que R.A.G.G., N.G., las abogadas Fara Lencinas y María Gabriela Coloccini resultan plenamente aptas para complementar un sistema de apoyo integral para N.S.O.R.

VII. Designación del Régimen de protección, asistencia y promoción de la autonomía

a) Actos de contenido no patrimonial. Doctrina judicial

En atención a las constancias de la causa y cumplimentando lo dispuesto por los artículos 34 y 37 del CCCN, el magistrado establece los actos jurídicos cuyo ejercicio se restringe y el sistema de protección, apoyo y representación. Condiciones que legitiman el dictado de la sentencia judicial y validez de su contenido.

En cuanto a los negocios jurídicos de carácter no patrimonial, limita la capacidad de N.S.O.R. para disponer por sí de su propio cuerpo en los casos que la ley, la moral o las buenas costumbres lo permiten, fundamenta su criterio lo expresado por los artículos 55 y 56 del CCCN en materia de derechos extrapatrimoniales; para consentir su participación en investigaciones médicas o la captación de su imagen o voz -actos en donde deberá contar con la asistencia de su sistema de apoyo- cita los artículos 58 y 53 del CCCN respectivamente.

Señala, que en caso de existir discrepancias entre el Sr. R.A.G.G. y la interesada sobre la realización o no de determinado acto médico o negativa de ambos y de entender el equipo médico tratante la necesidad de ejecución para mejorar su salud o vida, deberá resolver el tribunal sobre la base de la opinión de los o las profesionales intervinientes y las consecuencias del procedimiento propuesto.

El juez, también menciona aquellos supuestos en los que de encontrarse absolutamente imposibilitada la parte interesada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, cuando se trate de una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su salud o vida, el sistema de apoyo puede otorgar el consentimiento o, en su defecto, el conviviente, pariente o allegado que la acompañe, o, el médico ante la falta de todos los sujetos descriptos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 59 del CCCN.

En lo que respecta a los derechos sexuales y reproductivos de la interesada se establece como salvaguardia la necesaria intervención del Ministerio Público y autorización judicial en consonancia con la situación jurídica de N.S.O.R.

Por otro lado, se hace una especial mención al consumo problemático de sustancias psicoactivas y la necesidad de establecer como medida de resguardo, independientemente de la voluntad de N.S.O.R., la urgente iniciación de un trata-

miento integral para la superación de la adicción, señalando al Sr. R.A.G.G. como fundamental responsable de su seguimiento. En caso de no existir otro recurso terapéutico más eficaz y menos restrictivo de los derechos de N.S.O.R., se deberán aplicar las disposiciones del artículo 41 del CCCN y por consiguiente la ley 26657 en lo que resulte oportuno.

Para contraer matrimonio deberá mediar dispensa judicial en los términos del artículo 405 del Código unificado a raíz de la situación jurídica de N.S.O.R.

Se restringe su capacidad para ser testigo en instrumentos públicos, sin posibilidad de suplencia debido a su naturaleza jurídica.

En materia de residencia y traslados de N.S.O.R., deberá residir en un lugar que permita la supervisión por parte de su apoyo, el Sr. R.A.G.G., quién podrá oponerse a toda modificación de domicilio que impida llevar a cabo las tareas de cuidado y asistencia. En el mismo orden, los traslados fuera del domicilio denunciado y salidas del país deberán contar con su autorización.

Vale destacar, que el ejercicio de los derechos políticos de N.S.O.R., merece un especial tratamiento en el pronunciamiento judicial debido a que el magistrado manifiesta expresamente que no hay razones para restringir el ejercicio de tales facultades. Fundamentalmente, en virtud del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que dispone que los Estados partes deben brindar garantías suficientes para su ejercicio en condiciones de igualdad para que las personas en situación de discapacidad puedan participar plenamente en la vida política.

b) Actos de contenido patrimonial. Doctrina judicial

En resguardo de la autonomía de N.S.O.R., se determina que podrá ejecutar por sí aquellos actos cuyo objeto no exceda de la vigésima parte (1/20) de un salario mínimo, vital y móvil con la supervisión de su apoyo y en caso de que exceda dicho monto, será necesario que R.A.G.G. la represente. Las disposiciones comprenden la gestión y percepción de beneficios previsionales o asistenciales, así como la promoción de reclamos administrativos, acciones judiciales que fueren menester para el reconocimiento y defensa de sus prerrogativas.

En materia laboral, el juzgador determina que N.S.O.R. podrá con asistencia, celebrar contrato de trabajo o locación de servicios, siempre que resulte beneficioso para su persona. La administración de la remuneración percibida estará a cargo del sistema de apoyo. En este punto, la abogada Fara Lencinas es designada para actuar conjuntamente con el Sr. R.A.G.G.

VIII. Responsabilidad Parental. Salvaguardias. Doctrina Judicial

El magistrado sostiene que la resolución judicial debe expresar el grado de afectación del ejercicio de la capacidad jurídica, determinando los actos que el sujeto no puede realizar por sí en virtud del artículo 38 del CCCN, ya que el principio rector es la plena capacidad civil.

Manifiesta que la sentencia dictada con fecha 16/06/2011 no refleja la situación jurídica actual de N.S.O.R., por lo que de modo alguno resulta procedente aplicar la solución prevista por el artículo 702 del CCCN. Dicha norma trata la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, en razón de las propias limitaciones dadas por la condición de salud del progenitor que le impiden el ejercicio del rol parental. Cita lo puntualizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como punto cardinal, debido a que es un derecho-deber natural de los progenitores/as tener consigo a sus hijos/as y desplegar su crianza, alimentación y educación conforme a su condición y fortuna. Asimismo, reconoce que el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad garantiza las facultades y obligaciones de los sujetos en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños, niñas y adolescentes.

Resalta, que en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Al tener en mira los hechos en que se funda la petición de designación de un sistema de apoyo, asistencia y representación de N.S.O.R. y aplicando los ajustes razonables que merece su situación jurídica particular, observa en el principio de inviolabilidad de la persona humana y su dignidad personal, el prisma desde el que debe evaluarse la solución.

Así las cosas, los exámenes interdisciplinarios revelan que N.S.O.R. “no se encuentra en condiciones de hacerse cargo del cuidado de terceros” -valoración psiquiátrica- “no se encuentra en condiciones de ejercer el rol materno de manera autónoma”- valoración psicológica- “presenta dificultades para ejercer el rol materno de manera autónoma”- valoración social-. Sin embargo, el juez, advierte que “presentar dificultades” y “no estar en condiciones” no representan conclusiones similares. Destaca, que dichos exámenes se efectuaron con fecha 11/08/2020 en un contexto diferente, en el que la persona encargada del cuidado y asistencia de N.S.O.R. no era su hermano, sino el Sr. M.O. con quien mantenía un vínculo conflictivo y violento, lo que provoca su separación de dicha función por decreto de fecha 08/04/2021.

Es de importancia destacar que: “La luz que nos brindan hoy los índices de marginalidad, de alfabetización, de crecimiento del desempleo, de falta de atención en el cuidado de la salud -y ni que hablar de la violencia doméstica-, entre otros,

nos dan la pauta para comprender por qué el acceso a la justicia debe ser asegurado al justiciable, porque no puede haber voz que clame justicia y que no sea oída”¹⁴.

Con posterioridad, la abogada Lencinas es designada como sistema de apoyo provisorio, provocando importantes avances en la situación socio-ambiental de N.S.O.R., postulado que se comprueba con la pericia practicada con fecha 01/07/2021, por Constanza Doffo, Licenciada en Trabajo Social. A ello, se suma el hecho de haber podido reestablecer contacto con N.G., su “mamá del corazón” y con R.A.G.G., su “hermano de crianza”. Por lo cual, la intervención de tales personas resulta eficaz para promover la autonomía, comunicación, comprensión y manifestación de voluntad de N.S.O.R. para el ejercicio de los derechos subjetivos en general, y, en particular, los relativos a la responsabilidad parental.

Se hace una mención especial al aporte brindado por la Oficina de Derechos Humanos del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, que expresa: *“En el caso que nos ocupa y si bien los sucesivos informes realizados por los expertos, destacaba las dificultades de N.S.O.R. para la ejecución de actividades de mayor complejidad de lo básico y cotidiano, así como su imposibilidad de advertir las ‘implicancias de lo materno’, entendemos que debe tenerse especialmente en cuenta lo manifestado por N.S.O.R. en la audiencia del día de la fecha, así como el compromiso de apoyo propuesto. N.S.O.R. manifestó que quiere vivir en Deán Funes y que los Sres. N.G. y R.A.G.G son como su “mamá y hermano del corazón”. Por su parte, N.G y R.A.G.G conocen las dificultades, entendiendo que necesita colaboración para realizar varias actividades y en especial orientación para poder sostener el cuidado de sus hijas S.V y M.E (...). En estas circunstancias al Poder Judicial le toca la difícil tarea de brindar una respuesta que garantice, no sólo los derechos de las niñas S.V y M.E., sino también los de su madre, quien es una persona en situación de vulnerabilidad, por su discapacidad, ser víctima de violencia de género y por una difícil historia personal (...).”*

En función de todo lo expuesto, el sentenciante considera que corresponde no suspender el ejercicio de la responsabilidad parental de N.S.O.R. con respecto a sus hijas menores de edad, función que llevara a cabo con el apoyo del Sr. R.A.G.G. En caso de discrepancia, se decidirá judicialmente sobre el ejercicio de tal derecho-deber. Además, su sistema de apoyo podrá, en caso de delegación por parte de N.S.O.R. o en el supuesto de omisión por parte de ella, adoptar las medidas que resulten pertinentes para el cuidado de la persona y bienes de las niñas.

Por otra parte, el magistrado dispone que la abogada María Gabriela Coloccini actué conjuntamente con el Sr. R.A.G.G. como figura de apoyo en el proceso en trámite por ante el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 4ta. Nominación de la ciudad de Córdoba.

(14) Juzgado de Primera Instancia y Décimo Segunda Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, “A., L. E. - DEMANDA DE LIMITACION DE CAPACIDAD - CUERPO DE COPIA-”, 06/09/2017.

Finalmente, el juzgador, propone salvaguardias para proteger de manera integral a N.S.O.R. de todo abuso de derecho de conformidad con el sistema jurídico imperante en materia de Derechos Humanos. Con el objeto de asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten las prerrogativas, la voluntad y preferencias personales de su persona; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a su situación particular; que se apliquen en el plazo más breve posible y que estén sujetas a evaluaciones periódicas por el tribunal.

En ese orden de ideas, las personas designadas para conformar un sistema de protección integral- R.A.G.G., N.G. y las abogadas Fara Lencinas y María Gabriela Coloccini- deberán informar mensualmente al juzgado interviniente, durante los primeros seis meses y luego trimestralmente la serie de actos jurídicos otorgados, las asistencias realizadas y medidas aplicadas; así como rendir cuentas semestralmente de los fondos percibidos y gastos efectuados y presentar, con la misma periodicidad, certificado de salud psi-físico de N.S.O.R. y de sus hijas en caso de que convivan con su asistida. Y la obligación de comunicar de inmediato cualquier acontecimiento extraordinario. Expresa que el Ministerio Público - Asesorías del 4º, 5º y 9º turno- tendrá el contralor del cumplimiento de las salvaguardias establecidas en defensa de los derechos de N.S.O.R. Quien deberá contar con información clara, precisa y detallada del pronunciamiento en cuyo interés se ha dictado en términos comprensibles.

IX. Conclusiones

La reforma constitucional del año 1994 produjo un proceso de constitucionalización del Derecho privado. Es decir, la incorporación de principios y reglas en materia de Derechos Humanos en nuestro sistema jurídico civil y comercial, provocando un cambio de paradigma. Se observa a la persona humana como objeto de protección en sí misma y en todo aquello que le es inherente. “En este sentido, todo el derecho, como construcción estatal que es, está sujeto, al igual que todas las relaciones que regula, a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella. Así, en lugar de confiar en una división artificial de lo público y lo privado, debe aceptarse que todo tipo de normas jurídicas, y consecuentemente cualquier tipo de relación - pública o privada-, quedan sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos”¹⁵.

“El Código Civil Velezano no contenía ninguna norma que estableciera reglas generales en materia de personas con discapacidad. La introducción en el Código unificado de estas directivas, constituye un claro ajuste o armonización del derecho interno, a través del cual el nuevo ordenamiento incorpora una mirada ampliada de

(15) DOMINGUEZ, Andrés Gil - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 4.

los aspectos personales y patrimoniales de la persona con discapacidad, más acorde con los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad (art. 12 Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 3 de la Ley de Salud Mental 26657)”¹⁶.

“La CDPD marca que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, no que precisan reemplazo y exclusión. Por el contrario, nuestra legislación civil tradicional fue de corte asistencialista: con la asunción de la representación de otros a los que no se consulta ni se hace partícipes; estos eran lisa y llanamente sustituidos “por su bien”, para protegerlos, asumiéndose que un “otro” puede tomar las mejores decisiones”¹⁷. Por ende, se supera un modelo puramente sustitutivo por un régimen que promueve el ejercicio de la autonomía de la persona humana y el respeto de su dignidad individual.

En el caso, se solicita con urgencia, la designación de un sistema de apoyo, asistencia y promoción para N.S.O.R., debido a que su situación jurídica no se encuentra regulada conforme las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y el bloque de constitucionalidad referido. Todo ello, a los fines de librar inmediata notificación de las medidas adoptadas al Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 4ta. Nominación de la Ciudad de Córdoba, en donde tramita la causa “O., S.V-O., M.E.-CONTROL DE LEGALIDAD-”.

La petición encuentra fundamento en la revinculación existente entre N.S.O.R. con la Sra. N.G. quien fuera pareja de su padre durante los primeros años de vida y con el Sr. R.A.G.G, hijo de ésta y reconocido como su “hermano de crianza”.

El tribunal advierte que N.S.O.R., según los informes interdisciplinarios, presenta un diagnóstico de retraso mental leve, juicio disminuido, memoria e inteligencia deterioradas, modalidad vincular inmadura, pero vigil, conectada de modo adecuado al medio, orientada en tiempo y espacio, atención conservada, lecto-escritura lograda y posibilidad de cálculos matemáticos simples. En tal sentido, ha dicho Aráuz Castex: “El dictamen médico es, procesalmente, una prueba pericial. En este caso, es obligatorio producirla, es decir que el juez no podría sentenciar sin antes haber cumplido esa diligencia. Pero no es obligatorio que se atenga a sus conclusiones”¹⁸.

“Al respecto, se ha afirmado que la restricción de la capacidad jurídica es siempre una cuestión de grados, nunca opera por todo o nada ni tiene consecuencias más allá de la propia declaración”¹⁹.

(16) CHIAPERO, Silvana María - PALMERO, Juan Carlos. Ob. Cit, pp. 167-168.

(17) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián. Ob. Cit., p. 97.

(18) ARÁUZ CASTEX, Manuel. *Derecho Civil, Parte General*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1974, p. 345.

(19) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Editorial Rubinzal Culzoni, 2015, p.150.

“La convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad introduce un cambio de paradigma que nos obliga a reinterpretar la legislación argentina. Establece como regla general el sistema de apoyo en la toma de decisiones en reemplazo del régimen de sustitución de la voluntad”²⁰.

Las barreras detectadas pueden ser afrontadas de modo eficaz con la designación de un sistema de apoyo que resulte integral y superador de los sistemas de protección establecidos con anterioridad. En ese sentido, el juzgador destaca el especial compromiso asumido por la abogada Fara Lencinas que reemplazó al Sr. M.O., hermano de N.S.O.R., como apoyo provisorio, debido a la situación de violencia familiar padecida por su asistida y que significó un cambio radical en sus condiciones de vida.

Con acierto, el magistrado integra los principios comunes en materia de restricción a la capacidad con las medidas previstas por el artículo 34 del CCCN, designando como sistema de apoyo principal al Sr. R.A.G.G., ya que de los informes personales y patrimoniales solicitados resulta ser lo más pertinente para el resguardo de los derechos subjetivos de N.S.O.R. A través de la regla de la inmediatez procesal, se verifica el compromiso de la Sra. N.G., al manifestar tener experiencia como asistente terapéutica y su intención de colaborar con su hijo en las tareas de cuidado y asistencia a favor de N.S.O.R y sus hijas. “Si bien restringido al supuesto de las personas internadas, en el caso “Duarte” la CSJN ha dicho que “resulta imperioso-atento su vulnerabilidad y desprotección-, extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección”²¹.

Por otra parte, la abogada Fara Lencinas acompañará y ejercerá su rol en lo que respecta al asesoramiento letrado y representación jurídica de N.S.O.R y su apoyo. Mientras que la abogada María Gabriela Coloccini prestará colaboración para la revinculación de N.S.O.R. con sus hijas menores de edad y en el trámite por ante el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 4ta. Nominación de la ciudad de Córdoba.

Por ende, una vez definido el sistema de protección adoptado, se establecen los actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales que se restringen.

Ha despertado especial interés los ajustes razonables adoptados para conservar el ejercicio de la responsabilidad parental de N.S.O.R. con respecto a sus dos hijas y evitar una suspensión en el desempeño de dicha función en virtud de lo dispuesto por el art 702 del CCCN. Aquí, la figura del sistema de apoyo -Sr. R.A.G.G.- resulta fundamental para promover la autonomía, comunicación, comprensión y manifestación de la voluntad de N.S.O.R., que, en virtud de los informes interdisciplinarios,

(20) OLMO, Juan Pablo. *Salud mental y discapacidad*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2014, p. 27.

(21) CSJN, “Duarte, J. A. s/ internación”, 05/02/2008; CSJN, “Tufano, R. A. s/ internación”, 27/12/2005.

presenta dificultades para ejercer el rol materno de manera autónoma. “El ajuste razonable es así una adecuación o ajuste “a medida” de la persona, dirigido a que esta pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás. Son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas, que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal que es la regla más “macro” en materia de discapacidad”²².

“Ya la CIDH, ha dicho que el derecho a la identidad también comprende el derecho “a las relaciones de familia; el derecho a la protección de la familia, y los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentren en su primera infancia (...)”²³.

El magistrado destaca lo indicado por la Oficina de Derechos Humanos del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, al referirse a la difícil tarea de brindar una respuesta que garantice no sólo los derechos subjetivos de las niñas S.V y M.E., sino también los de su progenitora.

En función de los principios y garantías consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴, más precisamente, su artículo 3, dispone que en todas las medidas concernientes a los niños, niñas y adolescentes, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

“La fórmula es adecuada y suficientemente flexible para permitir evaluar la aptitud para desempeñar el rol materno o paterno en cada caso, sin que el dictado de una sentencia limitativa de su capacidad conlleve a un inexorable apartamiento. Cuando se haya establecido un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad, la o las personas designadas pueden acompañar al progenitor en el cumplimiento de sus funciones parentales, en la medida de sus posibilidades”²⁵.

Considero que el tribunal en un pronunciamiento enriquecedor en materia de Derechos Humanos pudo reflejar las garantías incorporadas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en el punto 4 del artículo 12 establece que los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al

(22) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián. Ob. Cit., p. 92.

(23) Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba, “Z., M. S. - Control de legalidad”, 27/5/2019.

(24) Tratado internacional aprobado en sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989. Aprobado por la República Argentina por Ley 23849 y ratificada por el Gobierno Argentino con fecha 27 de septiembre de 1990.

(25) ALTERINI, J. H. Ob. Cit., p. 860.

ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

“En efecto, no es posible negar que los derechos humanos tienen en la actualidad un papel expansivo, y que al ser uno de los ejes del sistema constitucional, las restantes instituciones jurídicas se ven incididas y eventualmente modificadas por su presencia”²⁶.

Tribunal: JUZG 1ª INST CIV COM 8A NOM de Córdoba

Fecha: Protocolo de autos Número: 122 del 26/04/2022

Tomo: 1 Folio: 217-226

Asunto: Expediente SAC: 8824109 – O. R., N. S. - DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD

PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

JUZG 1ª INST CIV COM 8ª NOM, Protocolo de Autos, Nº Resolución: 122, Año 2022
Tomo 1 Folio 217-226

EXPEDIENTE SAC: 8824109 – O. R., N. S. - DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD

PROTOCOLO DE AUTOS. NÚMERO: 122 DEL 26/04/2022

AUTO.

En la Ciudad de Córdoba, en la fecha en que se firma digitalmente el presente y consta infra. VISTO el EXPEDIENTE SAC: - O. R., N. S. - DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD, puesto a despacho para resolver, DEL QUE RESULTA que:

1. La Ab. Fara Lencinas solicita que se discierna con carácter de urgencia el sistema de apoyo de N. S. O. R. y se libre la correspondiente notificación del mismo al juzgado de niñez Juzgado de Niñez y Adolescencia y Violencia Familiar y Género en que tramita la causa “O., S. V. – O., M. E. – CONTROL DE LEGALIDAD” – Expte. Nº ° . Hace presente que las referidas actuaciones se encuentran en estado “A FALLO”.

Manifiesta que N. S. O. R. ha retomado contacto con la Sra. N. G. quien fuera la pareja del padre de N. S. O. R. durante los dos años hasta los nueve de edad de N. S. O. R., a quien reconoce como madre, y del hijo de ésta que es su hermano de crianza Sr. R. A. G. G.

(26) DOMINGUEZ, Andrés Gil - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa. Ob. Cit., p. 5.

Que ambos viven en la ciudad de Deán Funes donde además ella tiene bienes relictos de la sucesión de sus padres.

Que se ha decidido entre N. S. O. R., la Dra. Coloccini, las personas referidas y la compareciente ampliar el sistema de apoyo, atento a que lo más beneficioso para N. S. O. R. sería tener un sistema de apoyo con personas de su conocimiento y afecto.

A tal fin se propone al Sr. R. A. G. G. con DNI N°, como el apoyo principal de N. S. O. R., manteniéndose el resto de los apoyos ofrecidos.

2. En el día de la fecha celebró audiencia con la participación de N. S. O. R. y las personas antes señaladas (N. G. y R. A. G. G.), junto con los representantes del Ministerio Público y la Oficina de Derechos Humanos y las Dras. Lencinas y Coloccini.

Y CONSIDERANDO:

I. La situación jurídica actual de N. S. O. R. Su inadecuación. El nuevo marco legal.

Por Sentencia de fecha 16/06/2011 dictada por el 2° Juzgado de Familia de la Ciudad de San Juan se declaró la “insanía” de N. S. O. R., pero el lapso transcurrido desde la misma, así como los trascendentes cambios legislativos operados desde entonces hacen que tal resolutorio no se ajuste al ordenamiento vigente.

En efecto, la situación jurídica de N. S. O. R. debe establecerse de conformidad con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (aprobados por ley 26.378), las normas pertinentes de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 y las disposiciones de la SECCION 3ª (Restricciones a la capacidad) del Capítulo 2 (Capacidad) del TÍTULO I (Persona humana) del LIBRO I (Parte General) del Código Civil y Comercial de la Nación.

En virtud del compromiso asumido internacionalmente por la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo deben adoptarse *“las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*, asegurando *“en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”* (art. 12).

Por su parte, el art. 32 del CCCN permite al juez *“restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”*. Y solo *“[p]or excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”* (ib).

Como se advierte, en el actual diseño normativo la declaración de incapacidad tiene carácter excepcional. Solo en caso de imposibilidad absoluta de comunicación cabría la designación de un curador que suplante integralmente la voluntad de la persona.

II. Las medidas previstas por el art. 34 del CCCN.

Si bien el trámite iniciado para la adecuación de la situación jurídica de N. S. O. R. se encuentra en trámite, no habiendo aún culminado, existiendo prueba ofrecida pendiente de producción, el art. 34 del CCCN impone al juez el deber de ordenar durante el proceso *“las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador”*.

Estas medidas *“deben decretarse para garantizar tanto los intereses patrimoniales como los personales del denunciado. La valoración de la concurrencia de los presupuestos propios de ellas, requiere evaluar el contenido de la denuncia y la documentación y otros elementos de juicio acompañados a la misma; las que se dicten en el curso del desarrollo del proceso computarán, también, las pruebas producidas hasta ese momento”* (TOBIAS José W, coment. art. 34, en ALTERINI [dir], Código Civil y Comercial: Tratado exegético, La Ley, T. I) .

III. El estado mental de N. S. O. R. Apoyos propuestos.

En función de lo anterior, sin perjuicio de la prueba que ulteriormente se produzca cabe ponderar la ya producida en autos.

Del dictamen interdisciplinario (fs. 326/7), la prueba pericial psicológica practicada por la perito oficial psicóloga Lic. Gianina Andrea Vittore (operación de fecha 23/12/2021), la pericia de la Lic. En Trabajo Social Constanza Doffo (operación del 01/07/2021) y el informe del médico psiquiatra de fecha 04/03/2022 (adjunto a la presentación *“CUMPLIMENTA”* de fecha 08/03/2022), asimismo, de lo que se pudo constatar el Tribunal en las diversas entrevistas mantenidas con N. S. O. R. (07/04/2021,10/09/2021, 18/02/2022 y en el día de la fecha), surge que N. S. O. R. en modo alguno se encuentra en la hipótesis del último párrafo del art. 32 del CCCN, esto es: absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado sin que un sistema de apoyos resulte eficaz.

Por el contrario, puede interactuar con el entorno y expresar su voluntad.

De este modo correspondería, en todo caso, restringir la capacidad para determinados actos y en relación con ellos *“designar el o los apoyos necesarios (...) especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.”* (art. 32, ib.).

A tal respecto, cabe tener en cuenta el diagnóstico de retraso mental leve, juicio disminuido, memoria e inteligencia deterioradas, modalidad vincular inmadura, pero vigil, conectada de modo adecuado al medio, orientada en tiempo y espacio, atención conservada, lecto-escritura lograda, posibilidad de cálculos matemático simples.

Ello así, las dificultades que padece pueden ser suplidas con un sistema de apoyo eficaz.

A tal efecto se propone a R. A. G. G., DNI , hijo de la Sra. N. G., quien estuvo vinculada afectivamente con el Sr. M. O., padre de N. S. O. R.

La Sra. N. G. participó en la crianza de N. S. O. R. desde los 2 a los 9 años de edad, hasta que culminó el vínculo con su padre. Es referida por N. S. O. R. como su mamá y el Sr. R. A. G. G., hijo de aquélla, como su *“hermano del corazón”*.

Según resulta de los informes acompañados, así como los requeridos, carece de antecedentes penales, no se encuentra inscripto como deudor alimentario moroso, no registra

procesos concursales ni falenciales. De la consulta efectuada en el Sistema de Administración de Causas Multifuero no surge la existencia de procesos en su contra.

El Sr. R. A. G. G. expresó que sus ingresos provienen del alquiler de propiedades, entre ellos un condominio en el predio de 33 has. respecto del cual su madre se encuentra tramitando un proceso de usucapión. Acompañó en prueba de ello, a modo ejemplificativo, contratos de locación suscriptos.

En la central de deudores del BCRA se puede comprobar una situación de cumplimiento regular de sus obligaciones (situación 1) con consumos promedio en Tarjeta Naranja S.A. de \$ 80.000 en los últimos seis meses. No existen registros de cheques rechazados.

A su vez, en la **audiencia celebrada el día de hoy** el Sr. R. A. G. G. expresó su plena decisión de proponerse como su apoyo, comprometiéndose a realizar todas las funciones que faciliten a N. S. O. R. la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. N. G., manifestó tener experiencia como asistente terapéutico y se compromete a colaborar con su hijo, quien se crio con N. S. O. R., en todo lo que sea necesario para el bienestar de N. S. O. R. y sus hijas.

En la misma oportunidad el Sr. R. A. G. G. hace saber que, junto con su madre, posee un predio de 33 hectáreas en Deán Funes en donde se encuentran emplazadas sus viviendas. Refiere, que en el término de un año aproximadamente, concluiría la construcción de la vivienda (baño y otras instalaciones) para que N. S. O. R. junto con sus hijas y sus mascotas puedan instalarse allí. Sin perjuicio de ello, en el ínterin, se alquilaría a la misma otro inmueble para que resida con sus hijas y sus mascotas en la Ciudad de Deán Funes.

Asimismo, expone que su fuente de ingresos proviene de rentas que percibe por alquileres de diversas propiedades. Acompaña al efecto, a requerimiento del Tribunal, copia de algunos de los contratos celebrados.

La Dra. Lencinas, hace presente que visitó el predio, pudiendo constatar las comodidades con las que cuenta y que es un lugar muy conveniente para el desarrollo de la vida de N. S. O. R. con sus hijas (vida campestre, contacto con animales, etc.)

R. A. G. G. deja constancia de que contratará a una persona (niñera) que acompañe y asista a N. S. O. R. diariamente con el cuidado y crianza de las hijas, sin perjuicio de las demás medidas providencias que fuere menester.

Asimismo, N. G. manifiesta que se compromete a una estrecha colaboración en las necesidades cotidianas de N. S. O. R. y sus hijas, en su proceso revinculación con ellas, a apoyarla plenamente en el ejercicio de su maternidad.

La Dra. Lencinas se compromete a acompañar y continuar ejerciendo su rol en lo que respecta al asesoramiento letrado y representación jurídica de N. S. O. R. y su apoyo.

De igual manera, la Dra. Coloccini manifestó su compromiso en prestar colaboración en lo que refiere a la revinculación de N. S. O. R. con sus hijas y en el trámite por ante el Juzgado de Niñez.

Otorgada la palabra a N. S. O. R. para conocer su parecer, esta manifiesta su absoluta conformidad con que R. A. G. G. sea quien ejerza su función de apoyo y residir en Deán Funes porque, fue allí el lugar donde se crio y se siente contenida, en familia y que por eso los buscó.

En cuanto a las Ab. Fara Lencinas y María Gabriela Coloccini, la primera se viene desempeñando como apoyo provisorio y asistente letrada de N. S. O. R., demostrando desde

que fuera designada una activa y efectiva labor en procura de los derechos de su asistida como puede advertirse del simple repaso de las constancias de autos. La segunda, por su parte, a instancias de la Dra. Lencinas interviene como abogada especialista en niñez en el trámite por ante el Juzgado de Niñez y posee un extenso currículum en esta temática.

Las Auxiliares de las Asesorías del 4°, 5° y 9° Turno, intervinientes en la audiencia por la participación que a ellas compete, siguiendo expresas instrucciones de las titulares de aquéllas ninguna objeción han formulado en relación con los propuestos.

Con base en todos estos elementos cabe concluir que las personas antes mencionadas resultan plenamente idóneas para diseñar un sistema de apoyo eficaz para N. S. O. R.

I. Actos que se restringen. Sistema de protección, apoyo y representación.

En función de la situación analizada precedentemente, a efectos del art. 34 del CCCN se establece:

a. Actos de contenido no patrimonial.

i. *Derechos personalísimos y sobre el propio cuerpo, atención médica y otros actos.*

Se limita su capacidad, para disponer por sí de sus derechos personalísimos y del propio cuerpo en los casos que la ley, la moral o las buenas costumbres lo permiten (art. 55 y 56, CCCN), para consentir su participación investigaciones médicas (art. 58, CCCN) o la captación de su imagen o voz (art. 53 ib.). Toda decisión a este respecto deberá contar con la anuencia del Sr. R. A. G. G.

Para contraer matrimonio deberá mediar previa dispensa judicial en los términos del art. 405 del CCCN.

Se restringe su capacidad para ser testigo en instrumentos públicos, sin posibilidad de suplencia debido a la naturaleza de estos.

Se restringe la capacidad para tomar por sí solas decisiones respecto de la atención médica, tratamientos sean invasivos o no, o que comprometan su estado de salud o ponga en riesgo la integridad o la vida, así como para participar en investigaciones médicas, para lo cual deberá contar con el asentimiento del Sr. R. A. G. G.

En caso de discrepancias entre éste y la interesada sobre la realización o no de determinado acto médico, o negativa de ambos y de entender el médico o equipo médico tratante la necesidad de su realización para el mejoramiento de su salud o que de su omisión surja riesgo cierto de mal grave para la vida o la salud, deberá resolverse judicialmente sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Sin perjuicio de ello, en razón del consumo problemático de sustancias psicoactivas se establece como medida de protección, independientemente de la voluntad de N. S. O. R. a tal respecto, la urgente iniciación de un tratamiento integral para la superación de la adicción, a cuyo fin el Sr. R. A. G. G. deberá adoptar las medidas que fueren menester a tal respecto.

Para los que impliquen la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro o del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir, «ligadura de trompas de Falopio» (ley 26.130), actos experimentales o que conlleven riesgos extraordinarios, será menester autorización judicial.

Se limita en los términos del art. 9° de la ley 27.610 la capacidad para decidir en orden a la interrupción voluntaria del embarazo y se establece como salvaguardia a tal efecto la necesaria intervención del Ministerio Público y autorización judicial.

En caso de encontrarse absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, en situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud, el apoyo puede otorgar el consentimiento para la atención médica que fuere menester o, en su defecto, el conviviente, pariente o allegado que la acompañe, o, en ausencia de todos ellos el médico, si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente (art. 59, CCCN).

Para la internación por razones de salud mental deberá procederse de conformidad con las disposiciones del art. 41 del CCCN y de la ley 26.657.

ii. Residencia y traslados.

N. S. O. R. deberá residir en lugar que permita la supervisión por parte del Sr. R. A. G. G., quien podrá, en consecuencia, oponerse a todo cambio de domicilio o residencia que impida dicho cuidado.

Para los traslados fuera de su domicilio deberá contar con la anuencia del mismo. Para la salida del país deberá contar con autorización expresa por escrito de aquél.

iii. Responsabilidad parental.

En lo que respecta al ejercicio de la responsabilidad parental el art. 702 del CCCN señala: *“El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: (...) c) La declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio”*.

Es muy importante tener presente que *“[l]a situación de dificultad o imposibilidad de ejercicio de la responsabilidad, en el caso de una persona con discapacidad, nunca puede habilitar como su efecto inmediato, la privación de la responsabilidad a su respecto, siendo la consecuencia prevista – en caso de imposibilidad de ejercicio de esta función concreta – la suspensión. Ello así, pues la causa que imposibilita un adecuado ejercicio de la función no guarda conexión con actitudes o conductas desarrolladas por el progenitor en perjuicio del hijo, sino simplemente en una imposibilidad fáctica de ejercicio, en razón de las propias limitaciones dadas por la condición de salud del progenitor y que le impiden el ejercicio del rol parental en tal medida”* (STAROPOLI, María del Carmen, coment. al art. 140 en Barreira Delfino Eduardo A., López Mesa Marcelo. (2020). Código Civil y Comercial, t. 2B. (1ª Edición). Hammurabi, pg. 382.

En esta senda, como ya se señaló, la sentencia de fecha 16/06/2011 que declaró la “insanía” de N. S. O. R. no se ajusta al ordenamiento actualmente vigente, de modo que ella, en modo alguno, puede implicar la consecuencia prevista en el art. 702 antes referida.

Así las cosas, *“esta cuestión debe analizarse en el marco de la regulación establecida en los arts. 31 a 47 CCyC, ya que se diseñó un esquema en el cual, entre otras cosas, las restricciones a la capacidad se gradúan a la situación específica de cada caso, y el art. 38 CCyC impone al juez la obligación de establecer específicamente en su sentencia la extensión y alcance de la restricción a la capacidad y especificar las funciones y actos que se limitan, entre ellas, las atinentes a la responsabilidad parental”* (PELLEGRINI, María Victoria, comentario al art. 702 en Caramelo Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pg. 555).

“La sentencia debe expresar el grado de afectación del ejercicio de la capacidad jurídica, determinando los actos que la persona no puede realizar por sí (art. 38, CCCN)11. Por ello, la sentencia, en el supuesto de ejercicio de la responsabilidad parental, debe expresar cuándo resulta limitado el ejercicio por la persona. Si la sentencia de restricción de la capacidad (arts. 37, 38 y cons., CCCN), nada dice, no podrá entenderse que se encuentre limitada la capacidad por razones graves de salud

mental que impidan al progenitor el ejercicio de esa responsabilidad parental. El principio es la plena capacidad civil en este aspecto (art. 23, CDPD)". (LLOVERAS, Nora, comentario al art. 703 en Bueres Alberto J. (2016). Código Civil y Comercial, t. 2. (1ª Edición). Hammurabi, pg. 900).

A tal efecto, resulta cardinal para la cuestión, lo puntualizado por nuestro máximo tribunal nacional: es un **"derecho deber natural de los padres... tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna"** (CSJN, 02/08/2005, S. 1801. XXXVIII, S., C. s/ adopción, Fallos 328: 2870), -hoy reconocido en el art. 658 del CCCN-, sin que pueda gravitar en ello la sola circunstancia de que *"en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente"* (CSJN, ib.).

Asimismo, no puede desconocer la grave obligación impuesta por el art. 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: **"2. Los Estados Parte garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos (...). 4. (...). En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos"**.

A su vez, según el art. 140 del CPC, *"el curador de la persona incapaz es tutor de los hijos menores de éste"*, respecto de lo cual, se ha dicho, con razón, que resulta *"razonable que quien o quienes son designados para representar a la persona declarada incapaz en la generalidad de los actos de la vida civil, lo haga también específicamente en los concernientes a la responsabilidad parental (...). En la designación del curador debe tenerse en cuenta entonces que, de existir hijos menores del declarado incapaz, sus funciones se extenderán a la tutela de ellos y éste sería un elemento más que puede gravitar en la valoración de la idoneidad del candidato"* (PAGANO, Luz, coment. art. 140 en Bueres Alberto J. (2016). Código Civil y Comercial, t. 1A. (1ª Edición). Hammurabi, pg. 632). Si bien la situación de N. S. O. R. no engasta estrictamente en tal supuesto, tal previsión con los *"ajustes razonables"*, esto es, con *"las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas ... para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"* (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) constituye una fructífera guía para la solución de la cuestión.

Tal será, pues, el prisma desde el que debe evaluarse la situación de N. S. O. R. a tal respecto. Ingresando a ello, se observa que el examen interdisciplinario practicado (fs. 326/8) señala que N. S. O. R. *"no se encuentra en condiciones de hacerse cargo del cuidado de terceros"* (valoración psiquiátrica), *"no se encuentra en condiciones de ejercer el rol materno de manera autónoma"* (valoración psicológica), *"presenta dificultades para ejercer el rol materno de manera autónoma"* (valoración social).

Ahora bien, se debe advertir que una cosa es *"presentar dificultades"*, como señala la valoración social y otra es *"no estar en condiciones"* como expresan las valoraciones psicológicas y psiquiátricas.

Por otro lado, tal examen se realizó el 11/08/2020 y en un contexto muy diferente al que hoy se encuentra N. S. O. R., lo que hace que, al menos, en el punto, no pueda aplicarse a la situación actual. En efecto, a la época del mismo, la persona encargada de su cuidado era su hermano M. O., respecto de quien el propio informe da cuenta del vínculo conflictivo

y situaciones de violencia, lo que implicó que este Tribunal dispusiera su separación de tal función por decreto de fecha 08/04/2021.

A partir de ello, la Ab. Fara Lencinas pasó a desempeñar la función de apoyo de N. S. O. R., con lo que su situación cambió radicalmente. Prueba de ello es si se compara la situación socioambiental que da cuenta la presentación de fecha 23/04/2021 efectuada por su hermano ex curador (desorden, falta de higiene) con la que resulta de la pericia de la Lic. En Trabajo Social Constanza Doffo (cfr. operación del 01/07/2021).

A ello se suma el hecho de haber podido reestablecer recientemente contacto con N. G. su “mamá del corazón” y con R. A. G. G., su “hermano de crianza”, su “hermano del corazón”, dispuesto él con la ayuda de su madre desempeñar formalmente la función de apoyo, residiendo, a tal fin, en la ciudad de Deán Funes bajo su cuidado y asistencia, N. S. O. R. y sus hijas.

Ello así, la intervención y asistencia de estas personas se presenta como un recurso con aptitud suficiente para facilitar a N. S. O. R. la toma de decisiones, así como para promover su autonomía y facilitar su comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos, entre ellos, los relativos a su responsabilidad parental.

Asimismo, se comparte plenamente lo indicado por la Oficina de Derechos Humanos del Poder Judicial:

“En el caso que nos ocupa y si bien los sucesivos informes realizados por los expertos, destacaba las dificultades de N. S. O. R. para la ejecución de actividades de mayor complejidad de lo básico y cotidiano, así como su imposibilidad de advertir las “implicancias del rol materno”, entendemos que debe tenerse especialmente en cuenta lo manifestado por N. S. O. R. en la audiencia del día de la fecha, así como el compromiso de su sistema de apoyo propuesto.

N. S. O. R. manifestó que quiere vivir en Deán Funes y que los Sres. N. G. y R. A. G. G. son como su “mamá y hermano del corazón”. Por su parte N. G. y R. A. G. G. conocen las dificultades, entendiendo que necesita colaboración para realizar varias actividades y en especial orientación para poder sostener el cuidado de sus hijas S. V. y M. E. Proponen asimismo alternativas superadoras para que pueda realizarlo. Se entiende que esta nueva situación de acompañamiento por su “familia del corazón” permitirán a N. S. O. R. potencializar sus capacidades, lo que debe tenerse especialmente en cuenta al momento de decidir sobre las capacidades que conserva.

Merece una especial consideración lo ocurrido en los autos “EXPEDIENTE SAC: 9187942 – O., S. V. – O., M. E. - CONTROL DE LEGALIDAD (LEY 9944 - ART. 56)”. Resulta ineludible advertir las diferentes aristas que presentan la causa tramitada en el fuero de niñez y la que debe resolverse en el caso de marras, respecto a la limitación a la capacidad de N. S. O. R. En estas circunstancias al poder judicial le toca la difícil tarea de brindar una respuesta que garantice, no sólo los derechos de las niñas S. V. y M. E., sino también los de su madre, quien es una persona en situación de vulnerabilidad, por su discapacidad, ser víctima de violencia de género y por una difícil historia personal. La realidad planteada es sumamente compleja, y nos compele a reflexionar sobre los derechos de los progenitores con discapacidad, advirtiendo que, la promoción y protección de aquellos conlleva indisolublemente a la protección de los derechos de los hijos.

Específicamente en el marco del procedo de limitación a la capacidad, corresponde a SS, la toma de medidas para la protección de la persona de N. S. O. R. Es de destacar el esfuerzo y compromiso por parte de la Dra. Lencina de alternativas que permitan retirar la barrera que la propia historia vital N. S. O. R. (persona con discapacidad, que perdió a sus padres, con problemas de consumo y víctima de violencia) impidió que pueda cuidar sus hijas desde su nacimiento. Todo ello llevó a que

encuentre la alternativa planteada en la audiencia del día de la fecha, en la que todos los intervinientes entendimos que debe tenerse en cuenta, al momento de decidirse sobre sus las capacidades conservadas por N. S. O. R. Se entiende de particular relevancia que la resolución que de dicte en el fuero civil se pronuncie sobre la capacidad de N. S. O. R. para poder solicitar la vinculación sus hijas (en los términos expresados por el Dr. Hugo Fernando Conterno en el expediente tramitado en el fuero de niñez) y el ejercicio del rol materno dentro de las limitaciones de N. S. O. R., con sus apoyos y siempre desde el nuevo paradigma normativo que impone la Convención de “Belém do Pará”, la Ley Nac. Nº 26.845 y el Modelo Social de la Discapacidad” (Comunicación por correo electrónico recibida en la fecha, cfr. certificado que antecede a la presente resolución).

Es así que, en función de todo lo expuesto corresponde **NO SUSPENDER EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DE N. S. O. R. RESPECTO DE SUS HIJAS MENORES DE EDAD** el que ejercerá con el apoyo del Sr. R. A. G. G. quien actuará para facilitar a N. S. O. R. la toma de decisiones, así como promover su autonomía y facilitar su comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones derivados de aquélla responsabilidad.

Toda decisión de N. S. O. R. relativa al ejercicio de tal derecho-deber deberá contar con el necesario asentimiento de aquél y, en caso de discrepancia, decidirse judicialmente.

También dicha figura de apoyo podrá, en caso de delegación por parte de N. S. O. R. o, en el supuesto de omisión por parte de ella, adoptar las medidas para protección a la persona y bienes de las niñas de conformidad con los arts. 117 y ss. CCCN.

Sin perjuicio de ello, la Ab. María Gabriela Coloccini actuará conjuntamente con el Sr. R. A. G. G. como figura de apoyo de N. S. O. R. en el proceso en trámite por ante el Juzgado de Niñez procurando la facilitación de la toma de decisiones, así como la promoción de su autonomía y facilitar su comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos, incluso ejerciendo su patrocinio letrado, debiendo, sin perjuicio de ello, toda decisión contar con la anuencia del Sr. R. A. G. G.

iv. Derechos políticos.

El art. 29 de Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone: *“Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a: a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas ...”.*

En función de ello y teniendo en cuenta la situación concreta de la persona de aquí se trata, no se advierte razones para restringir el ejercicio de tales derechos.

b. Actos de contenido patrimonial.

En lo que respecta a los actos jurídicos de contenido patrimonial se advierte prudente la limitación de su capacidad, sin perjuicio de lo cual, cabe ponderar que los menores y muchas de las personas con capacidad restringida siempre han realizado pequeños negocios válidamente, como comprar en establecimientos comerciales, usar el transporte público, acudir a espectáculos públicos, establecimientos gastronómicos y de esparcimiento, etc... y, por lo tanto, concertando contratos aunque estos sean de poca envergadura patrimonialmente hablando (cfr. BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 393).

En función de ello, las facultades conservadas y aptitudes de que da cuenta las pericias rendidas, cabe limitar los actos de contenido patrimonial de modo que:

a) Aquellos cuyo objeto no exceda de la vigésima parte (1/20) de un salario mínimo vital y móvil podrán ser realizados por N. S. O. R. con el necesario asentimiento y supervisión de la persona de apoyo;

b) Para aquellos cuyo objeto exceda tal monto, la persona designada como apoyo deberá representarla.

Ello comprende expresamente la gestión y percepción de beneficios previsionales o asistenciales, así como la promoción de reclamos administrativos, acciones judiciales o intervención en procesos judiciales que fuere menester para la defensa de los derechos del representado.

A tal efecto, deberán efectuarse los trámites bancarios y ante los demás organismos pertinentes para la gestión de las cuentas de su asistida.

Todo sin perjuicio de las limitaciones de los arts. 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127 y ccs. del CCCN que serán de aplicación al ejercicio de la función de apoyo aquí dispuesta. N. S. O. R. podrá, con la anuencia de la persona de apoyo, celebrar contrato de trabajo o locación de servicios o de obra siempre que, a juicio de éste, resulte conveniente para el asistido; en cuyo caso la administración de los haberes percibidos estará a cargo de la persona de apoyo. La Dra. Fara Lencinas actuará conjuntamente con el Sr. R. A. G. G. como figura de apoyo de N. S. O. R. en lo que a estas cuestiones respecta procurando la facilitación de la toma de decisiones, así como la promoción de su autonomía y facilitar su comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos, incluso ejerciendo su patrocinio letrado, debiendo, sin perjuicio de ello, toda decisión contar con la anuencia del Sr. R. A. G. G.

c. Facultades de prevención.

El art. 912 del Cód. Civil establecía que *“quien por la ley o por comisión del Estado, tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedirle por la fuerza que se dañe a sí mismo”*, en comentario a la cual se decía: *“quien ejerce la potestad y solamente quien la ejerce, podrá acudir a las autoridades, sean judiciales o de policía, emplear por sí medios disuasivos, o bien, la fuerza física. En estos últimos extremos debe actuarse con toda prudencia y moderación, para no causar algún otro daño o producir una reacción inconveniente al ejercicio futuro de la potestad, utilizando la coacción indispensable para lograr el objetivo”* (CIFUENTES, Santos, Negocio jurídico, Astrea, 2ª ed., 2004, pg. 67). Si bien tal norma no se encuentra reproducida en el CCCN, éste dedica toda una sección a la función preventiva del daño y en su art. 1710 establece: *“Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*

a) *evitar causar un daño no justificado;*

b) *adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño...”*.

En consecuencia, el Sr. R. A. G. G. se encuentra facultado para acudir a las autoridades, sean judiciales o de policía, a fin de evitar que su asistida se dañe a sí misma, así como, cuando no pueda tener lugar la oportuna intervención de las autoridades públicas, adoptar por sí las medidas pertinentes en los límites del art. 1718 del CCCN.

VI. Salvaguardias.

En virtud del art. 12 de la CDPD es necesario que *“en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*.

A tal efecto:

Las personas designadas como apoyo deberán informar al Tribunal mensualmente durante los primeros seis (6) meses y luego trimestralmente los actos otorgados, las asistencias realizadas y las medidas adoptadas; así como rendir cuentas semestralmente de los fondos percibidos y gastos realizados y presentar, con la misma periodicidad, certificado de salud psico-física de su asistida y de sus hijas si éstas convivieran con ella. Sin perjuicio de comunicar de inmediato la ocurrencia de algún evento extraordinario.

Queda a cargo del Ministerio Público (Asesorías del 4º, 5º y 9º) el contralor del efectivo cumplimiento de lo aquí dispuesto.

Por ello, este Tribunal,

RESUELVE:

1) Dejar sin efecto la declaración de insanía de N. S. O. R., DNI dispuesta por Sentencia de fecha 16/06/2011 dictada por el 2º Juzgado de Familia de la Ciudad de San Juan.

2) Disponer, en los términos del art. 34 del CCCN, como medida necesaria para garantizar los derechos personales y patrimoniales de N. S. O. R., DNI la limitación de su capacidad respecto de los actos señalados en el considerando V y designar para su asistencia respecto de los mismos al Sr. R. A. G. G., DNI, así como, en la medida allí señalada, a las Abogadas FARA LENCINAS y MARÍA GABRIELA COLOCCINI; con las modalidades de actuación, obligaciones y facultades allí referidas, y con cargo de lo establecido en el considerando VI.

3) Ordenar la inscripción de la presente resolución en Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y que se tome razón en el Registro General de la Provincia, Dirección Nacional del Registro de la Propiedad del Automotor (DNRPA) y Dirección Nacional de Migraciones; a cuyo fin ofíciase.

4) Encomiéndase al Ministerio Público la notificación a la interesada de esta resolución en forma personal (sea en modo presencial o por vía remota) en leguaje claro y términos que le sean comprensibles.

5) Comunicar la presente resolución al Juzgado de Niñez y Adolescencia y Violencia Familiar y Género de 4ª Nom. – Sec. 11 así como a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SeNAF) de la Provincia de Córdoba; a cuyo fin: ofíciase.

6) Comunicar la presente a la Oficina de Derechos Humanos del TSJ (Acdo. Regalm. Nº 1301, serie A/2015). Protocolícese y notifíquese.

Texto Firmado digitalmente por: **MAINA Nicolás**

JUEZ/A DE 1RA. INSTANCIA Fecha: 2022/04/26

Formación académica

Desde Secretaría Académica en el año 2023 se llevaron a cabo diversas líneas de acción siempre con el propósito de incentivar la calidad académica y la consecución de los trámites que le competen a esta dependencia.

Para comenzar, presentaremos aquellas llevadas a cabo en el marco del Proyecto presentado y aprobado por el Rectorado de la UNC y en el ámbito de la Facultad a través de la RD-2023-646-UNC-DEC#FD: “Estrategias institucionales para la promoción del ingreso, continuidad y graduación en las Carreras de la Facultad de Derecho con énfasis en la alfabetización académica y jurídica, y en la orientación para el rol profesional”.

En lo que respecta a la formación y al perfeccionamiento docente, en el transcurso de 2023 se han venido llevando a cabo las siguientes instancias de capacitación que resultaron muy convocantes para el cuerpo docente de la Facultad. Si bien el número de docentes que aprobaron por curso parecería ser escaso en relación con la totalidad de docentes de la Facultad (aproximadamente 900), son muchos los docentes que inician los cursos y que por diferentes razones no los finalizan. Se comparte a continuación un cuadro con datos relativos a cada uno de los cursos que conforman el Programa de Formación y Perfeccionamiento Docente (RD 356/2022):

	Inscriptos	Asistentes	Aprobados
CURSOS			
La propuesta de enseñanza y el AV	41	21	9
Actividades de aprendizaje y estrategias de evaluación	62	17	5
Aplicaciones digitales para la enseñanza	55	22	En curso
Oratoria docente en escenarios combinados	52		En curso
Lectura y escritura académica	50	A realizarse	
Tecnologías y educación: reflexiones para la enseñanza	A realizarse		
WORKSHOPS			
Podcasts en la enseñanza	30	22	No corresponde

* 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.

Accesibilidad en Moodle	A realizarse
Inteligencia artificial y enseñanza	A realizarse

Tal como puede advertirse en el desarrollo que se viene realizando, la enseñanza en la universidad presenta múltiples desafíos que se tornan cada vez más complejos. A su vez, “la baja tasa de graduación universitaria y sus fenómenos relacionados, el desgranamiento y el alargamiento de las carreras frecuentemente han sido identificados como los mayores problemas del sistema universitario argentino” (Popovsky, R; 2017:91). La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba no es ajena a este fenómeno y se vienen implementando programas y proyectos que posibiliten aminorar los efectos de esta situación en las carreras que están en funcionamiento actualmente.

Según información publicada por el Anuario Estadístico de la UNC para el año 2021, la cantidad total de estudiantes en la Facultad de Derecho es de 15.476 cifra que se divide de la siguiente manera por carrera (Smrekar, 2022:51 y 91):

Abogacía (RM 275/2015)	14.150
Profesorado en Ciencias Jurídicas (RM 2740/2015)	531
Tecnicatura Superior Universitaria en Asistencia en Investigación Penal (RM 1868/2017)	399
Notariado (RM 434/2000)	396

En las cuatro carreras hay dos problemáticas que parecerían ser comunes. Una de ellas tiene que ver con la alfabetización académica y la alfabetización jurídica y, la otra, con la orientación y guía de los estudiantes en el desarrollo y tramo final de la carrera donde resulta fundamental que desarrollen las competencias fundamentales para ejercer la profesión.

En relación con la alfabetización académica partimos de la premisa que su desarrollo resulta fundamental a los fines de poder lograr desarrollar las competencias propuestas en los perfiles profesionales de las diferentes carreras.

Por su parte, la alfabetización jurídica en los primeros años de la carrera resulta fundamental con el objeto de promover la profundización del razonamiento jurídico.

En la Carrera de Abogacía el Programa para la Enseñanza de la Práctica Profesional es el eje transversal que posibilita en gran medida el logro de las competencias requeridas en el perfil profesional. Dado que la práctica profesional se ha venido fortaleciendo en estos últimos años, a través de este proyecto interesa profundizar la revisión de la implementación de este programa promoviendo una mayor articulación y coordinación del trabajo de la Secretaría Académica y el Director y Coordinadora del Programa.

Solo a los fines de informar a cerca de algunos avances en este Programa cuadra señalar que en este último año se avanzó en la formación para la práctica profesional con la profundización del trabajo en la sala de litigación orientado a la formación de competencias. En este marco, se promovió el desarrollo de conocimientos y habilidades profundizadas para una efectiva practica en el desarrollo y puesta en práctica del observatorio de litigación.

- Se actualizaron los materiales de estudio de los espacios curriculares destinados a la práctica profesional.
- Se implementó la técnica de simulación a través de un esquema lúdico, sobre la base de una actuación de limitada por un caso a que se planteó ante el tribunal, reuniendo pruebas, investigando y preparar la argumentación del caso conforme los intereses que representen. Realizando una tarea de investigación de campo de las disciplinas jurídicas atinentes del caso a preparar.
- Se equipó una sala de la Facultad de Derecho con la infraestructura edilicia y tecnológica necesaria para recrear un espacio propicio para las prácticas de simulación.

-Se implementaron los observatorios de jurisprudencia, con el objetivo de propender al análisis de las primeras sentencias dictadas con la entrada en vigencia del Código Civil Comercial de la Nación, un código de apenas ocho años. Fortaleciendo de esta forma, el estudio, aplicación y análisis de la legislación. Entendiendo a la jurisprudencia como un conjunto de principios, razonamientos y criterios que los juzgadores establecen en sus resoluciones, al interpretar las normas jurídicas, es decir, al desentrañar o esclarecer el sentido y alcance de éstas. Las actividades consistieron en la búsqueda de jurisprudencia de diversos temas a tratar en cada sesión, mediante exposición y análisis de la misma, culminado las sesiones con una propuesta superadora.

La coordinación e implementación de los observatorios de jurisprudencia estuvo a cargo del Programa de Enseñanza para la práctica Jurídica de la Facultad.

En estas instancias se trabajó con los docentes para profundizar mejoras en la enseñanza del análisis jurisprudencial, así como la diferenciación de criterios entre los mismos magistrados, tal y como estaba previsto en el proyecto. A su vez, la compra de equipamiento tecnológico funcionó como soporte en estas instancias.

A partir de lo expuesto hasta aquí en párrafos anteriores, el objetivo general de este Proyecto es facilitar condiciones curriculares, disciplinares, y pedagógicas que resultan imprescindibles principalmente para el desarrollo de la carrera de Abogacía y Profesorado en Ciencias Jurídicas, promoviendo una serie de estrategias y líneas de acción concretas que posibiliten mejoras en los procesos de enseñanza y aprendizaje. Para ello, se considera clave un trabajo coordinado entre las diferentes Secretarías y dependencias de la Facultad con quienes se elaboró este Proyecto y forman parte del equipo presentado, a los fines de llevar adelante proyectos colaborativos que

promuevan acciones conjuntas con mayor impacto en las mejoras de la calidad académica en la docencia, investigación y extensión universitaria.

Es importante señalar que, para el caso de algunas de las estrategias que se mencionan a continuación, la Facultad cuenta con antecedentes que se espera profundizar con la puesta en marcha de del Proyecto PAMEG recientemente presentado y aprobado para el año 2024 en el que, desde Secretaría Académica, se asignará un responsable a los fines de garantizar su concreción, puesta en marcha y evaluación.

Se detallan a continuación las líneas de acción previstas para cada una de las dimensiones: Desarrollo Curricular; Enseñanza en Entornos Virtuales; Equipamiento y Acciones destinadas a favorecer la Inclusión Educativa.

Desarrollo Curricular

Ciclo de capacitación docente

Se propone dar continuidad al ciclo de capacitación para docentes y adscriptos/as de las carreras de grado y pregrado de la Facultad, en los que se aborden los desafíos actuales de la enseñanza en la universidad.

Se propone capitalizar las acciones sostenidas durante los años 2020 a 2023, con el objeto de sostener el acompañamiento a los docentes, con especial énfasis en la enseñanza en escenarios combinados.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta la experiencia de los últimos dos años, la propuesta de formación propone:

- El desarrollo de habilidades necesarias para potenciar la enseñanza presencial capitalizando la experiencia de las Cátedras en la virtualidad.
- La utilización, por parte de los docentes, de los nuevos equipamientos e insumos provistos por la facultad (conexión a internet, aulas híbridas, etc.).
- Las necesidades de formación manifestadas por los docentes durante los últimos años.
- La experiencia de virtualización y retorno a la presencialidad desarrollada en otras unidades académicas.

En estos términos, se plantean dos formatos cuyas características han sido pensadas teniendo en cuenta las características generales de la población destinataria para que los docentes puedan sostener el cursado:

- Formato “curso” que cumple con las siguientes condiciones: Carga horaria total de 20 hs, modalidad combinada o virtual, instancias de trabajo sincrónicas y asincrónicas, franja horaria de los encuentros sincrónicos entre las 16hs y las 20hs, instancia de evaluación final.

- Formato “workshop” que cumple con las siguientes condiciones: un único encuentro sincrónico con carga horaria total de 4 hs, modalidad virtual, franja horaria de los encuentros entre las 16hs y las 20hs, sin evaluación final.

Consolidación del Proyecto: Inscribí a tu Cátedra

En el PAMEG presentado para el año 2024 se propuso dar continuidad y potenciar el proyecto aprobado en el año 2023 por RD. 985/2023. En este proyecto el Equipo de Asesoramiento Pedagógico Comunicacional de la Facultad acompaña a las Cátedras en la toma de decisiones sobre sus propuestas de enseñanza brindando orientaciones a los equipos docentes en torno al desarrollo curricular y colaborando en la puesta en marcha de diversos proyectos que impliquen procesos de intervención en lo pedagógico-didáctico.

Particularmente desde “Inscribí a tu Cátedra” se acompaña el trabajo de las cátedras para mejorar sus prácticas de enseñanza en los siguientes tres ejes:

- Diseño del Aula Virtual.
- Revisión de la propuesta de enseñanza (metodologías de enseñanza, reformulación del Programa, revisión de la bibliografía, evaluación).
- Elaboración de materiales educativos (recursos TIC, fichas de cátedra, entre otros).

Para ello, los docentes presentan propuestas elaboradas en torno a un diagnóstico de necesidades de sus Cátedras considerando la factibilidad de su realización en el transcurso del semestre y el involucramiento de varios miembros de la Cátedra.

II Jornadas de Prácticas Docentes en Ciencias Sociales y Jurídicas

Para el caso del Profesorado en Ciencias Jurídicas, y tomando como base la fructífera experiencia del año 2023, se propone la realización de las II Jornadas de Prácticas Docentes en Ciencias Sociales y Jurídicas. En este caso se realizarán dos días de encuentro por la tarde (para garantizar mayor asistencia) con una dinámica de trabajo que combine:

- la presentación de experiencias de estudiantes y docentes vinculados a la enseñanza de las Ciencias Jurídicas y Sociales.
- la presentación de paneles por parte de especialistas que profundicen en las discusiones actuales en torno a ejes temáticos propuestos por el equipo de docentes del Profesorado.
- los talleres interactivos de reflexión e intercambio coordinados por los/as docentes del Profesorado.

Los/as destinatarios/as de la propuesta serán docentes de nivel superior y secundario vinculados a la enseñanza de espacios curriculares de Ciencias Sociales Jurídicas y estudiantes de carreras de Profesorado orientados a las Ciencias Sociales.

Análisis situacional e implementación de mejoras en el Programa para la Enseñanza de la Práctica Jurídica de la carrera de Abogacía

En este marco se prevé realizar: Diagnóstico situacional de los espacios de práctica; revisión de los programas de estudio; análisis de las metodologías de enseñanza; entrevistas a docentes y estudiantes.

Enseñanza en Entornos Virtuales

En el marco de esta dimensión se prevén desarrollar entornos virtuales para los diferentes espacios curriculares enmarcados en el Programa para la Enseñanza de la Práctica Profesional, tomando en cuenta diversidad de metodologías y recursos específicos de la enseñanza del Derecho.

Acciones destinadas a favorecer la inclusión educativa

- Fortalecimiento del Proyecto: Tutorías Individualizadas a estudiantes. La Facultad de Derecho cuenta con un Proyecto de Tutorías individualizadas para estudiantes de la carrera de Abogacía desde el año 2014 aprobado por RD 1044/2014. A través de este Proyecto se espera dar continuidad y fortalecer el las tutorías a través de capacitaciones a los tutores adscriptos y coordinación de reuniones de intercambio de experiencias. El intercambio entre tutores, acompañados por los espacios de formación fortalecerá el proyecto, permitiendo pensar estrategias de acompañamientos de mayor alcance.
- Talleres para estudiantes: Alfabetización académica y jurídica en los primeros años de la universidad. Estos talleres se proponen con el objeto de brindarles a los estudiantes la posibilidad de profundizar competencias relacionadas con la alfabetización académica y jurídica fundamental para el primer año de la Carrera.
- Diseño de un Plan de seguimiento de las trayectorias estudiantiles. Desde esta línea de trabajo se espera, en una primera etapa, reconocer las principales dificultades de los estudiantes de la Carrera de Abogacía y las razones que los han conducido a dejar de cursar durante el último año académico. Para ello, en esta instancia se implementará una encuesta y procurará realizar entrevistas breves a los estudiantes que no registren actividad académica en dicho período. Desde Secretaría Académica, Secretaría de Asuntos Estudiantiles y el Decanato de la Facultad se implementarán medidas para poder avanzar en el diseño del Plan y se elaborarán informes parciales. A

su vez, conjuntamente con la Dirección de Informática se está diseñando un plan de análisis de datos estadísticos que posibiliten contar con información oportuna para la toma de decisiones.

Con el objeto de dar continuidad a la difusión de las innovaciones pedagógicas, en el transcurso de 2023 se publicaron dos ediciones del boletín Derecho Innova a través del cual se socializan experiencias didácticas que llevan a cabo profesores de las diferentes cátedras de las Carreras que se dictan en la Facultad. Para acceder a los boletines se puede ingresar a: <https://derecho.unc.edu.ar/derecho-innova/> (El segundo volumen del año 2023 está corregido y listo para ser publicado la semana del 17 de octubre de 2023).

Junto con estas líneas de acción se dio continuidad a la gestión de trámites relacionados con los pases y equivalencias, convalidación de títulos extranjeros, cambio de plan de estudio, reconocimiento de regularidades, informes de actividades y plan de actividades docentes, cobertura de licencias docentes, entre otros.

Finalmente, desde Secretaría Académica se participó activamente en la Comisión Asesora del SIED (Sistema Institucional de Educación a Distancia). En este marco, en el mes de marzo de 2023 se llevaron a cabo actividades en el marco del Foro “Construyendo desafíos para la Educación Universitaria” del que participaron más de 400 docentes de la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente desde la Secretaría se están elaborando materiales de estudio para la Diplomatura “Enseñar a Distancia” que se coordina desde el SIED UNC.

Finalmente, en relación con los procesos de evaluación institucional, desde Secretaría Académica se están elaborando los informes relativos a los Planes de Excelencia presentados como parte del proceso de acreditación ante CONEAU. Esta Secretaría a su vez está coordinando el análisis de todos los planes de excelencia correspondientes a las diferentes Secretarías y dependencias de la Facultad de Derecho.

Esta Secretaría continuará trabajando con el objeto de coordinar proyectos y demás iniciativas que posibiliten mantener y profundizar la calidad académica y el compromiso con el acompañamiento y a las trayectorias de los estudiantes y el perfeccionamiento docente continuo de Profesores de la Facultad de Derecho.

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 del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional que entre las actividades realizadas se destacan:

- El Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, bajo la Dirección de la Prof. Dra. Cristina E. González de la Vega y Coordinación de Prof. Ab. Esp. Anahí María Sandiano, junto con la Secretaría de Graduados a cargo del Dr. Maximiliano Raijman, organizaron y se llevaron a cabo el pasado 28 y 29 de junio de 2023, las Jornadas sobre “Sistema Protectorio contra la Violencia de Género. Vías procesales en la Provincia de Córdoba”. La citadas Jornadas fueron aprobadas por una resolución especial por parte del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la UNC (RD-2023-670-E-UNC-ME#FD) y declaradas de interés por la Legislatura de Provincia de Córdoba (Decreto 27271/23 por medio del 14/06/2023).
- Seminario “Esplendor o crisis de la intermediación en el Sistema Penal actual”, realizado en los meses de septiembre y octubre del año 2023. El Seminario se presentó como una propuesta del Sr. Profesor Emérito José I. Cafferata Nores con la finalidad precisar y profundizar las nociones sobre las particularidades del principio de intermediación para el proceso penal, temática que fue abordada tanto desde la faz teórica como práctica. Se presentó preliminarmente como un Seminario Especial de la materia Derecho Procesal Penal de esta Alta Casa de Estudios. No obstante, la actualidad de los temas a tratados permitió incorporar como destinatarios de la capacitación propuesta a los ayudantes inscriptos de dicha asignatura, como a los operadores judiciales (abogados en ejercicio profesional y miembros del Poder Judicial) a los fines de brindarles herramientas útiles para la práctica jurídica.
- VIII Jornadas de Profesores de Derecho Procesal realizadas entre los días 28 y 29 de agosto de 2023, en la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires. La organización estuvo a cargo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Desde la Facultad asistieron las autoridades del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional Prof. Dra. Cristina González de la Vega y Ab. Esp. Anahí M. Sandiano y fue una excelente oportunidad para que, en unidad, se debatan ideas y se repiensen los conceptos que marcarán las futuras agendas, al igual que para estrechar amistad con Profesores de otras Facultades de Derecho del país.

En el marco de las Cátedras que integran el Departamento, se presentaron -entre otras- las siguientes materias optativas: “Sistemas Procesales Orales. Visión comparatista. Litigación Oral Civil en Córdoba. Ley 10555 y modif.”; “Costas y honorarios de abogados, procuradores y peritos judiciales”; “Proceso Civil Electrónico”; “Derecho Procesal Penal Juvenil”; “Técnicas y Habilidades de Litigación en audiencias orales”; además del tradicional “Ateneo Permanente de Derecho Procesal/2023”.

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 postgrado

Este 2023 nos trae a la memoria que son ya cuarenta años de democracia que estamos transitando y en esta última década esta Secretaría de Posgrado ha venido creciendo a pasos agigantados y de manera sostenida. Es que se ha asumido como estándar, la excelencia educativa al servicio de la sociedad, y eso implica comprender la relevancia de ofrecer posgrados altamente calificados y actualizados al tiempo de automatización que se vive, lo que conlleva a formar profesionales dentro de su especificidad laboral con herramientas de la más alta calidad; es de allí que se presenta un abanico de propuestas académicas que posibilitan llenar esa demanda, complementando la formación de grado y proporcionando aquellas calidades necesarias mirando a un futuro, el cual exige mayor cualificación permanente. Muestra de ello son las nuevas carreras y las novedosas propuestas anuales que profesionales encuentran al traspasar las puertas de esta Secretaría siempre abiertas a la consulta y a las inquietudes.

Prueba de la excelencia, es que distintas carreras se van acreditando y categorizando con éxito luego de pasar exámenes rigurosos de calidad. Así el centenario Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales cuenta con la máxima categorización, a la que se sumó como propuesta del año 2022 el Programa de Posdoctorados con el dictado del primer curso: ‘El bien jurídico tutelado en el ámbito del derecho público y privado’, un vacío que era necesario llenar y esta Secretaría no se quedó atrás, aquí los y las Doctores/as del Derecho y las Ciencias Sociales, encuentran una consolidación intelectual a través de la transferencia, e intercambio de sus conocimientos científicos, y reciben no solo los que se doctoraron en nuestra casa de altos estudios, sino de diferentes universidades del país y extranjeras, una respuesta tan esperada del enriquecimiento cognoscitivo producto de esa relación dialéctica entre pares con estándares intelectuales de excelencia.

El lema es un “posgrado de puertas abiertas” al dialogo, a propuestas, a demandas de los egresados; es un posgrado que no trabaja encerrado en su espacio, sino que se abre a la comunidad profesional a fin de escuchar y poder hacer realidad las expectativas demandantes.

Esta Secretaría hasta en los momentos más difíciles demostró que “se puede”, aunque se atravesasen momentos difíciles e intempestivos, adaptándose y realizando los cambios necesarios tecnológicos y cognoscitivos para enfrentar nuevas realidades y seguir con calidad de excelencia en sus propuestas formativas, creando nuevas ofertas, escuchando y atendiendo las sugerencias y necesidades de los profesionales. Profesionales que buscan un estímulo y una formación superior que les permita competir en los máximos niveles con superioridad, y es así que acuden a nuestras aulas aquellos egresados de esta casa de estudios, pero también de otras universidades, traspasando fronteras provinciales, regionales y también internacionales.

Toda esta ímproba tarea es gracias al esfuerzo mancomunado de autoridades, cuerpo académico y personal administrativo.

Un Posgrado de puertas abiertas a la comunidad, que los recibe y que cada año académico convoca a un conversatorio en el aula magna a fin de que aquellos que quieran acercarse puedan expresar sus intereses, consultas y expectativas. Así este primer semestre, un 28 de febrero del 2023, esas puertas abiertas se vieron atravesadas por más de un centenar de adscriptos y adscriptas que querían conocer las posibilidades de crecimiento que se brinda, fue una respuesta numérica y de calidad que nos expresa y muestra que no nos hallamos disociados de la necesidad de los y las profesionales y sus expectativas, sino que estamos inmersos y profundamente conectados con ella y la realidad social. El horizonte trazado es la "excelencia académica", y es por ello el profundo sentido inclusivo y social que se le imprime a cada actividad, a cada cuestión que se plantea. Tendemos una mano a profesionales, y ese es nuestro sello: una mano abierta para hacer realidad, en una articulación integrativa, los principios de inclusión, solidaridad y excelencia, sumando convenios con entidades locales, provinciales, regionales e internacionales para el logro de tales fines tanto públicos como privados.

Actividad 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 de interés y provecho 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 abanico de programas académicos, en los que participan distinguidos profesores, investigadores y especialistas de reconocido prestigio nacional e internacional.

Forman parte de la agenda académica 2023:

a) Carreras de posgrado

Doctorado

- Carrera de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Categorizada A por Res. CONEAU 684/2020: esta 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

- Carrera de Doctorado en Ciencia Política (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-).
Directora: Prof. Dra. María Teresa Piñero.

Maestrías

- Carrera de Maestría en Derecho Administrativo.
Directores: Profs. Dres. Domingo J. Sesín y Jose L. Palazzo.
- Carrera de Maestría en Derecho y Argumentación
Directores: Profs. Dres. Hugo Seleme y Ernesto Garzón Valdez.
- Carrera de Maestría en Derecho Civil Patrimonial
Directores: Profs. Dres. Juan Carlos Palmero y Juan Manuel Aparicio.
- Carrera de Maestría en Derecho Constitucional
Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Antonio María Hernández.
- Carrera de Maestría en Derecho de Vejez, destacamos que es la primera en su género dictada en Latinoamérica.
Directores: Profs. Dres. María Isolina Dabove y Ramón Daniel Pizarro.
- Carrera de Maestría en Sociología (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-)
Directora: Dra. María Alejandra Ciuffolini.

Especializaciones

- Carrera de 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, María Estela Piña 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.
- Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios
Directora: Prof. Consulta Ab. Cristina Mercado de Sala.
- Carrera de Especialización en Derecho Procesal.
Director: Prof. Dr. Manuel González Castro.

- Carrera de Especialización en Derecho Tributario
Director: Prof. Ab. Hector Villegas Ninci.
Subdirector Prof. Dr. Maximiliano Rajjman.

b) Otras actividades académicas

- Diplomatura Universitaria en Trata de Personas
Coordinador: Prof. Dr. Ricardo del Barco.
- Diplomatura Universitaria en Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Abogada/o de NNyA
Coordinadores: Prof. Dra. Olga Orlandi, Prof. Ab. Fabián Faraoni.
Coordinadora Ejecutiva: Med. Amalia López (Defensora de NNyA de la Pcia. de Córdoba).
- Diplomatura Universitaria en Diplomacia Contemporánea
Coordinadora: Prof. Dra Graciela Salas.
- Diplomatura Universitaria en Derecho de la Seguridad Social y del Trabajo
Coordinadora: Prof. Dra. Rosa Elena Bosio.
- Diplomatura Universitaria en Género, Derecho y Violencias
Coordinadora: Prof. Dra. Mariana N. Sánchez.
- Diplomatura Universitaria en Derecho a la Privacidad y Protección de Datos Personales
Coordinador: Prof. Dr. Juan Fernando Brügge.

También podemos citar entre otros *cursos y seminarios* a:

- Seminario “Temas Notariales 2023”
- 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.

c) Programa de Posdoctorados

El Programa de Posdoctorados tiene como meta dar una respuesta a los Doctores en Derecho y Ciencias Sociales que buscan la consolidación de estándares intelectuales de excelencia en áreas específicas. Para ello se traza este programa con cursos de posdoctorados específicos, fomentando las actividades académicas y en especial buscando el intercambio de saberes científicos en el contexto interdisciplinario, la investigación innovadora y una consolidación de la actividad científica exclusiva y

rigurosa. Se trata de un programa de eminente valor académico y científico dirigido -como *supra* se ha expresado- a doctores egresados de universidades nacionales y extranjeras de reconocido prestigio.

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 Bologna (Italia) y Múnich (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 Geriatria, 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, 34) Colegio de Abogados del Departamento de Marcos Juárez, 35) Organismo de Control Disciplinario de las Fuerzas de Seguridad de la Provincia de Córdoba, 36) Universidad de las Américas, 37) Universidad Federico Henríquez y Carvajal, 38) Unión de Empleados de la Justicia de la Nación, 38) Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba, 39) Colegio de Abogados de Villa María, 40) Colegio de Abogados de Río Tercero, 41) Colegio de Abogados de Manabí (Ecuador), 42) Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA), 43) Secretaria de Gestión Ambiental de la Municipalidad de Córdoba, 44) Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332064/4332135/4332069, email: cgradua@derecho.unc.edu.ar, Mas info: www.derecho.unc.edu.ar

Actividades en investigación

Ciencia y Técnica

La Secretaría de Ciencia y Técnica, vinculada a la actividad científica de investigación de la Facultad, informa las actividades realizadas:

Proyectos de investigación

Convocatoria 2023: De mayo a julio de 2023, se abrió una nueva convocatoria para los Proyectos y Programas de investigación Secyt 2023. Se presentaron un total de 43 proyectos: 17 Consolidar, 2 Estimular y 24 Formar. Los mismos se suman a los 2 proyectos línea Consolidar, que fueron aprobados en la convocatoria 2020 y con vigencia hasta el año 2023.

Los 43 proyectos presentados en la convocatoria 2023, se encuentran en instancias de evaluación para su aprobación. En un primer momento, SeCyT Derecho ha participado activamente en el proceso de admisibilidad de requisitos formales, al cierre de la convocatoria.

En el marco del proceso de evaluación, se convocaron a los siguientes evaluadores externos, quienes fueron recibidos y acompañados por SeCyT Derecho:

Dr. Luis Castillo Argañarás: Universidad argentina de la empresa (UADE)

Dra. Gloria Trocello: Universidad Nacional de San Luis.

El día 28 de junio se realizó una reunión informativa virtual organizada por la Secretaría de Ciencia y Técnica - Derecho y el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, para abordar los detalles y requisitos de la actual convocatoria para presentación de Programas y Proyectos. Posteriormente se difundió a todo el cuerpo docente, el acceso a la grabación del encuentro virtual, alojado en el canal de youtube del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

De febrero a marzo de 2023 se llevó adelante el proceso de rendición contable y académica de los proyectos Formar y Estimular Convocatoria 2020 y de los Proyectos Consolidar 2018.

En abril de 2021 la SeCyT-UNC ha dispuesto, en función de las recomendaciones realizadas a las universidades por parte de los Ministerios de Educación y Salud de la Nación y debido a la situación socio-sanitaria generada a partir de la pandemia por COVID-19 y los cambios y reestructuraciones que debió realizar en particular 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, tuvieron fecha límite de presentación 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 tuvieron fecha límite de presentación el 31/03/23. -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 recibieron hasta el 31/03/2023. Mientras que las presentaciones de los informes y rendiciones finales tienen como plazo el 31/03/2025.

Finalmente, y por medio de la Resolución del Honorable Consejo Superior RHCS-2018-250-E-UNC-REC, se otorgó el pago de una cuota extra del año 2023 a los Proyectos de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Artístico de SeCyT UNC, correspondientes a las convocatorias Consolidar 2018, Formar 2020 y Estimular 2020.

Para el presente año se estableció un aumento presupuestario para el rubro subsidios de un 50% más que el 2022. En esta cuota se abonó el monto proporcional a los primeros ocho meses del año 2023 y su correspondiente inflación. El proceso de rendición contable de este desembolso se extiende desde el 31 de agosto al 6 de octubre del presente año.

Apoyos económicos

Los apoyos económicos tienen como propósito colaborar en la organización de jornadas, congresos, workshop, y con los museos de la Universidad Nacional de Córdoba, co-financiar publicaciones periódicas producidas en las Facultades, Escuelas, Institutos y Centros de Investigaciones de la Casa de Trejo, colaborar con las suscripciones a revistas internacionales científico-académicas y la asistencia o presentación de trabajos en eventos científicos (Jornadas, Congresos y Workshop) fuera del país.

Durante la primera convocatoria del año (abril-mayo 2023) se recibió la solicitud de apoyo económico para publicaciones, 2 solicitudes de apoyo económico para la realización de eventos y 3 solicitudes de apoyo económico para viajes al exterior.

Programa de incentivos a los docentes investigadores

El Programa de Incentivos está instrumentado por la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Nación, a través de las Secretarías de Ciencia y Técnica de las Universidades Nacionales. El propósito es promover la investigación integrada a la docencia universitaria a fin de contribuir a la excelencia en la formación de los egresados.

A partir del día 1 de diciembre de 2022 hasta el 1 de marzo de 2023 se mantuvo abierta la convocatoria para la Solicitud de Incentivos correspondiente al año 2021.

Categorizaciones docentes

Durante el primer semestre de 2023, se produjo el lanzamiento del Programa para la Investigación Universitaria Argentina (PRINUAR) que por Resolución N° 2023-472-APN-ME del Ministerio de Educación dejó sin efecto el Sistema Nacional de Docentes Investigadores Universitarios (SiDIUN - Res. N° 1216/2019).

El PRINUAR tendrá como objetivo fundamental categorizar como investigadoras/es a todas/os las/os docentes que deseen participar en el Programa, a través de la evaluación de su producción científica-académica.

La nueva convocatoria 2023 para categorización docente como investigador, tuvo apertura el 10 de abril y finalizó en el mes de junio, instancia destinada al ingreso, promoción o permanencia de los docentes, en las cinco categorías previstas.

Área de evaluación y desarrollo institucional

Se participó de las numerosas reuniones, organizadas por el Equipo de Evaluación Externa de la Secretaría de Ciencia y Tecnología, con los pares evaluadores con motivo de la Evaluación Externa de la función I+D de la UNC.

Consejo Asesor de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la UNC

Se garantizó durante el primer semestre del año 2023 la presencia de la Facultad de Derecho, a través de la participación activa de la Secretaria de Ciencia y Técnica Prof. Dr. Carlos Echegaray de Maussion y la Prof. Dra., Candela Noelia Villegas, en el Consejo Asesor de la SECyT-UNC tanto en las reuniones ordinarias (primer miércoles de cada mes) como en las extraordinarias, en las que se definen todas las políticas relacionadas a la investigación, desarrollo tecnológico y artístico en la UNC. Así mismo, se participa en el Comité de Ética de la SECyT- UNC.

Consejo Asesor de la Secretaría de Innovación y Vinculación Tecnológica

Se garantizó durante el primer semestre del año 2023 la presencia de la Facultad de Derecho, a través de la participación activa de la Secretaria de Ciencia y Técnica Prof. Dr. Carlos Echegaray de Maussion y la Prof. Dra., Candela Noelia Villegas, en el Consejo Asesor de la Secretaría de Innovación y Vinculación Tecnológica de la UNC.

Programa Jóvenes en Ciencia

Esta nueva línea de subsidios es una iniciativa del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la provincia de Córdoba y la Universidad Nacional de Córdoba. Apunta a motivar, impulsar y fortalecer la creación y consolidación de equipos de investigación liderados por jóvenes docentes investigadores de hasta 35 años, con el apoyo de tutores. Conforme resolución ministerial N°18/2022 se adjudicó un subsidio para el proyecto de la Facultad de Derecho titulado “Derecho e extranjería, inclusión y equidad: protección de las mujeres migrantes y refugiadas en Argentina en concordancia con las exigencias de la Agenda 2030”.

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: scytec@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:

Actividades de formación y debate (cursos, seminarios, jornadas y conferencias) realizadas de manera presencial y/o virtual

- Seminario: “Taller de divulgación científica y sensibilización al cambio climático: “El mural del clima”. Director: Dr. Christian Sommer. Tallerista: María Verónica Gómez Tomas.-Seminario: “Autonomía personal y relaciones familiares”. Directoras: Dras. Mónica Assandri, Adriana Warde.
- Coloquio Internacional “Migraciones, movilidades e interculturalidad. Diálogos entre lenguas y regiones, en el marco de los derechos universales”. Directoras: Dras. M. Eugenia Gómez del Río y Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará.
- V Seminario de Derecho Municipal: “Análisis comparativo de la jurisprudencia de las provincias de Misiones, Salta y Chaco en materia de Autonomía Municipal”. Directores Dres. Guillermo Barrera Buteler, Norma Bonifacino y Prof. Emmanuel Nieto.
- “XXV Seminario sobre Actualización en Doctrina y Jurisprudencia en Derecho Internacional Público”. Directores: Dres. Ernesto J. Rey Caro y Graciela R. Salas.

Actividades institucionales realizadas de manera presencial y/o virtual

- Conferencia: “Revertir el ciclo de deterioro de la salud de nuestros mares y océanos: la lucha contra la contaminación por plásticos”. Actividad propuesta

por el Programa de Derecho Internacional Público ProDIP-CIJS. Conferencista: Dra. María Teresa Ponte Iglesias de la Universidad de Santiago de Compostela, España.

- Conferencia: “Presentación de Proyectos SeCyT”. Actividad realizada conjuntamente por este Centro y la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad Derecho, dirigida a los interesados en presentar proyectos de investigación en el marco de la Convocatoria 2023 para subsidios de Proyectos y Programas SeCyT.
- “Jornada Argentina en actividades de exploración, uso y explotación de recursos espaciales: abordaje desde una perspectiva multidisciplinar” en el marco de la convocatoria de la CONAE y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto de la Nación (MRECIC) para la presentación de trabajos de investigación sobre recursos espaciales, el CIJS a través de su Directora y de su Coordinador de Extensión participaron de uno de los paneles de la actividad que proponía promover, diseñar y regular las actividades referidas.

Estancia de investigadores extranjeros

- Lic. Ramirez Ávalos Julio César (México).
- Dr. Carranza Galaico Gonzalo Gabriel (España).
- Dra. María Teresa Ponte Iglesias (España).
- Mgter. Isabella Ramalho de Souza (Brasil).
- Dr. Jaime Rodríguez Alba (México).

Asignaturas optativas

- “Tutorías de Investigación”. Prof. Responsable: Dra. María Alejandra Sticca. Coordinadora: Prof. Esp. Patricia Alderete.
- Materia opcional “Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva del empleo”. Prof. Responsable: Dra. María Alejandra Sticca y Prof. Carla Saad.

Programas y Proyectos

El CIJS cuenta con 8 Programas radicados, a saber:

- “Programa de estudio sobre Cultura Jurídica Contemporánea”.
Directoras: Dra. Consuelo Parmigiani y Dra. María Eugenia Gómez del Río.

- “Programa de estudios comparados entre la civilización china e hispanoamericana: la peculiaridad taiwanesa”.
Director: Dr. José Ramón Pérez Portillo.
- “Programa de Investigación, Estudio y Extensión en Discapacidad y Derechos” (PIEEDD).
Directora: Profa. Carla Saad. Codirectora: Profa. Emma Mini.
- “Programa de Estudios e Investigación en Género y Derecho”.
Directora: Dra. Mariana Sánchez.
- “Programa de estudios interdisciplinarios”.
Director: Dr. Aldo Azar.
- Programa “Constitucionalismo igualitario”.
Directores: Dr. Andrés Rossetti y Dr. Horacio Javier Etchichury.
- “Estrategias procesales para la solución efectiva de los conflictos jurídicos civiles y comerciales”.
Directora: Dra. María Cristina Di Pietro.
- “Programa de Derecho Internacional Público (ProDIP-CIJS)”.
Directora: Dra. María Alejandra Sticca, Codirector: Dr. Christian G. Sommer.

La lista se completa con 16 proyectos de investigación que poseen lugar de trabajo en este Centro de Investigaciones.

Becas

- Becas de Pregrado. Las becas otorgadas en el año 2022 se encuentran en proceso de ejecución. Asimismo, el 8 de septiembre del corriente se cerró la nueva convocatoria, presentándose 8 nuevos estudiantes.

Publicaciones

El CIJS asumió el desafío de publicar la 1º *Revista Virtual de la Jornada sobre Experiencias en Investigación*. La misma, se encuentra en proceso de edición con número de ISSN asignado. En ella, se recopilan los resúmenes presentados por los expositores y expositoras en la última Jornada.

A principios de año se publicó el Número XXI de nuestro Anuario y se encuentran en proceso de evaluación los artículos enviados para publicar en el Número XXII.

Programa de modernización tecnológica

Profesoras responsables: María Alejandra Sticca (Titular) y Carla Saad (Cotitular).

En el presente año se ejecutaron los fondos obtenidos de la SeCyT-UNC a través de su Programa de Modernización Tecnológica. Las tareas iniciaron en abril y supusieron la instalación de una Cámara Web Logitech MeetUp, Micrófono Primus Gaming Mic Ethos 300p, y una computadora de escritorio con Monitor 19" Phillips 193V5LHSB2/55 HD 60HZ nuevo para convertir la Sala Ezio Masoni en un lugar de reuniones mediado por la tecnología, con la posibilidad de celebrar encuentros de participación híbrida. El esfuerzo, mancomunado entre la Dirección del Centro y los profesores que brindaron sus avales para la presentación, contó con la participación del Ing. Mag. Juan Carlos Moreno y el Técnico en informática Ernesto Canio, quienes asesoraron y pusieron a punto el espacio. Del proyecto participó también el IDEJUS, quien a través de las gestiones de su Director financió el cableado necesario para la instalación. Se adquirió también una Notebook Asus x515EA I5, una Placa Gráfica VGA 2GB GT 730 Asus DDR5 y 4 unidades de Disco sólido SSD WD Sata Green 240 gb.

Accesibilidad al CIJS

Decididos a llegar a todo aquel que pretenda acceder a la educación superior, el CIJS, conjuntamente con Planeamiento Físico de la Facultad dotó al edificio de una rampa de acceso por la entrada alternativa al edificio. La obra, que está siendo llevada a cabo por el equipo de mantenimiento de nuestra Casa, consistió en la eliminación de uno de los escalones de ingreso y el remplazo por una subida de material. El acceso conduce directamente al Laboratorio de Procesamiento Informático, permitiendo acondicionar seminarios en planta baja. El lugar puede ser utilizado también como sala de Conferencias híbrida.

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 informa la realización de las siguientes actividades:

Área Extensión

Cursos y Seminarios

- Conferencia “De la Litigación a la Participación en Cambio Climático”, 19/9/2023, a cargo de la Dra. Andrea Lucas, a través de la plataforma zoom, organizada por la Secretaría de manera conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Instituto de Derecho Ambiental y el Instituto de Derecho Internacional Público.
- “Caso Lucio: Testimonio de su abuelo. Relato en primera persona de Ramón Dupuy”, 23/9/2023, organizada en forma conjunta por esta Secretaría y la Cátedra A de la asignatura Derecho Privado VI a cargo de la Prof. Dra. Alicia García de Solavagione y se desarrollará en el marco de la temática “Maltrato Infantil”, con expositores especializados en medicina forense pertenecientes al Poder Judicial y analistas legislativos, en particular sobre la reciente promulgación de la Ley Nacional 27709, conocida como “Ley Lucio”.
- Ciclo Migraciones desde y hacia Argentina: Motivos, Integración y Estrategias de Contención, 12, 19 Y 26 de septiembre, 3 y 10 de octubre, 18 hs. Modalidad virtual. Coordinación: Prof. Dr. Jorge Edmundo Barbará y Prof. Dra. Marta Díaz de Landa.
- Conferencia: De la litigación a la participación en cambio climático, 19/9/2023. Disertante: Dra. Andrea Lucas Garín. Modalidad virtual.
- Jornada: Derecho del consumidor a 30 años de vigencia de la Ley 24240, 7/9/2023.

Modalidad presencial.

- Primeras Jornadas de Extensión en Derecho. Organizadas por nuestra secretaria y la participación de la SEU, se llevaron a cabo los días 28 y 30/8/2023. La primera jornada de apertura se desarrolló en el Salón Vélez Sarsfield, en tanto que el segundo encuentro y cierre de las Jornadas se llevó a cabo en el Anfiteatro 22 de agosto con un buen número de asistentes.
- Ciclo de charlas sobre “Actualización en temas previsionales” a cargo de la Dra. Claudia Fernanda Pons, los días 17,24 y 31/8; 7, 14, 21 y 28/9 5/10/2023 con modalidad virtual.
- Conferencia sobre el Proyecto de Convención de Cooperación Internacional para la Investigación y el Enjuiciamiento del Crimen de Genocidio, los Crímenes de lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, 27/6/2023, a cargo de la Dra. Lilian del Castillo de Laborde, a través de la plataforma zoom. La organización a cargo de esta Secretaría de manera conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Instituto de Derecho Ambiental y el Instituto de Derecho Internacional Público.

- Jornada Inteligencia Artificial y Derecho. Introducción a la Inteligencia Artificial: ventajas y desafíos en el mundo legal, 14/6/2023, disertantes: Ab. Mónica Fernández Campero y María Inés Minolfi, modalidad virtual.
- Curso de asistente jurídico, del 11/4 al 5/9/2023, modalidad mixta (clases presenciales y virtuales a través de Meet).

Proyectos de Extensión

- “La Violencia familiar y de género desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. Directora: Dra. Olga Orlandi.
- “La dimensión digital de la Ciudadanía, retos y nuevos abordajes desde el derecho y el género”. Directora: Alejandra María Perez Scalzi.
- “Experiencias de extensión: reflexiones jurídicas frente a privaciones de derechos”. Directora: Silvana Begala CECOPAL (Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal).
- “Derechos de los Adultos Mayores”, en el marco del Proyecto “Derecho/s para todos. Alfabetización jurídica para poblaciones vulnerables”. Directora: Silvana Begala, CECOPAL (Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal).

Proyectos de extensión - Becas SEU

En ese sentido, además de los proyectos de extensión radicados en esta Facultad se postularon varios proyectos a cargo de Profesores de esta Casa de Estudios al programa de Becas a Proyectos de Extensión en la convocatoria realizada por la Secretaría de Extensión de la UNC. Todos los proyectos han recibido las mejores calificaciones y aprobados para recibir el correspondiente subsidio:

- Ciudadanía migrante: la participación a través del voto
Directora: Silvana Begala. Alumnas: Lizeth Salvatierra Alvarez y Marina Liz Beltrán.
- Alfabetización jurídica y acompañamiento para ejercer derechos ambientales desde la abogacía comunitaria Directoras: Silvana Begala y María Eugenia Villalba, a desarrollarse en el ciclo académico 2023.
- Fortalecimiento de la Extensión en la Facultad de Derecho, para cuya ejecución se ha recibido el financiamiento proveniente desde la SPU e implementado por Res 60/2021 lo cual nos permitió acompañar a docentes y estudiantes de nuestra Facultad a través de becas asignadas principalmente a los estudiantes y la adquisición de material informático que se encuentra a disposición de los profesores que dirigen los proyectos. Dicho proyecto

tendrá su continuidad en el año 2023 ya que por resolución 162/2022 la Secretaría de Políticas Universitarias (SPU) ha asignado un presupuesto que nos permitirá realizar una convocatoria entre nuestros profesores a los fines de presentar proyectos de extensión por los que recibirán una ayuda económica para su ejecución. En este sentido la Facultad ha organizado cursos dirigidos a los docentes de la Casa a los fines de capacitarlos en relación a las etapas y procesos necesarios para la correcta formulación de un proyecto de extensión.

- La Prof. Gastiazoro, María Eugenia, solicitó el Aval de la Secretaría de Extensión de nuestra Facultad para el proyecto de extensión que presentaron en la convocatoria de subsidios SEU 2023 del cual participo en calidad de codirector. Título del proyecto: “Como el Caracol: mujeres sosteniendo territorio”. Participan del mismo la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Sociales de la UNC.
- Convocatoria para el otorgamiento de becas a estudiantes extensionistas de la Facultad de Derecho. Como parte de las acciones de fortalecimiento de las actividades de estudiantes en Programas y Proyectos de Extensión, la Facultad de Derecho de la UNC, a través de la Secretaría de Extensión, pone a disposición 10 becas de \$ 20.000 (pesos veinte mil) cada una, las que se abonaron en un pago único. El pago de las becas se realizó a través de la Secretaría de Extensión Universitaria de la UNC. La evaluación de las postulaciones se efectuó por un comité de profesores con trayectoria extensionista.
- Ciclo de Formación Básica de Mediadores 2023, “Mediación. Desde la práctica a los principios, desde los principios a la práctica”, organizada por la Secretaría de Graduados y el Laboratorio de Resolución Pacífica de Conflictos.

Curricularización de la extensión

Uno de los desafíos a los que la Facultad se encuentra abocada es la Curricularización de la extensión. La incorporación de actividades de vinculación con la comunidad en el ámbito del dictado de las asignaturas de grado, exige un esfuerzo de compromiso y creatividad por parte de los docentes pero que, entendemos, se traduce en experiencias enriquecedoras para los estudiantes. Es así que la Secretaría de Extensión Universitaria abrió la primera convocatoria a Proyectos de Curricularización de la Extensión por la cual se otorga un financiamiento a las mejores propuestas presentadas. El proyecto presentado por esta Facultad “Abogacía con orientación social” a cargo de la Prof. Silvana Begala ha sido seleccionado entre los mejores puntuados para recibir este subsidio.

- En el marco del Programa de Fortalecimiento de la Extensión se presentó el proyecto de curricularización de la Extensión, “Creando puentes: los métodos de resolución de conflictos y la construcción de ciudadanía en el nivel

secundario”, en la materia Teoría del Conflicto y de la decisión. Métodos de resolución de conflictos - Cátedra Única- a cargo de la Profa. Carla Saad y el Prof. Leonardo Colazo, los alumnos visitaron el Colegio San José de esta Ciudad de Córdoba, con el objeto de realizar actividades extensionistas en territorio. La visita tuvo lugar los días 23 y 30 de mayo del corriente año en el horario de 8:00 a 16:00 hs.

- En continuidad con el espacio de curricularización de la extensión, se llevó a cabo la actividad de extensión: Abogacía con orientación social. Asesoramiento y capacitación a sectores populares (personas mayores) Barrio 23 de abril- Lote 1 Manzana 71 - La actividad se realizó el día 16 de mayo de 2023 e 16.00 a 20.00 hs. A cargo de la Prof. Mgter. Silvana Begala.
- Participación en la Comisión de Curricularización que tuvo a su cargo el armado y redacción de la Segunda Convocatoria a propuestas de Curricularización de la Extensión de la Secretaría de Extensión Universitaria: Prof. Emma Mini.

Participación en procesos de evaluación

- Participación en la evaluación de pertinencia del Programa de Subsidios a Proyectos de Extensión -2023, que se llevara a cabo los días jueves 27 y viernes 28 de abril con la representación de la Prof. Emma Mini.
- Participación en la evaluación de “Proyectos para evaluación PSPE - 2023”, que se llevara a cabo los días martes 30 y miércoles 31 de mayo, con la representación de la Prof. Carla Saad.

Área de Relaciones Internacionales

- Jornada de Bienvenida de Alumnos Internacionales. Se realizó el miércoles 16 de agosto la jornada de bienvenida a los alumnos extranjeros que realizan su intercambio en nuestra Universidad organizada por la Pro Secretaría de Relaciones Internacionales de la UNC a la que asistió la Sra. Pro Secretaria de Relaciones Internacionales de nuestra Facultad de Derecho, Ab. Laura Alejandra Calderón. Se llevó a cabo en la Facultad de Lenguas de la Ciudad Universitaria con la asistencia de los coordinadores académicos de cada una de las facultades que recibió a los estudiantes que eligieron nuestra universidad para realizar una movilidad de grado. Se sirvió un desayuno y posteriormente cada país se fue presentando, comentado un poco de sus particularidades locales y de sus inquietudes por conocer Córdoba, Argentina y especialmente nuestra prestigiosa Universidad.
- Alumnos internacionales recibidos en esta Facultad: María de Fátima CARVALHO CARDOSO LIMA (Universidade Estadual de Santa Cruz UESC),

José Leonardo MOYA BELTRAN (Universidad Santo Tomás Villavicencio-Colombia), Juan José ANDRADE ORELLANA (Universidad de Cuenca-Ecuador), Gabriel Radamesis GOMEZ NASCIMENTO (Universidade Generalde Minas Gerais UFMG, Brasil).

- Alumnos de nuestra Facultad que realizan Intercambio en el Exterior: Universidad de Berlín: German Tamagno, María Milagros Lucero, Alan. Universidad Autónoma de Madrid: Valentina Insua. Universidad de Chile: Sofía Carrera - Dolores de Valle Calliero y Paula Urrets Zavalía - Murcia- PIEG.

Programas de movilidad vigentes en el año

- Programa de Cooperación Bilateral para el intercambio de estudiantes de grado PIEG.
- Programa de movilidad para estudiantes de grado “UNC al mundo 2022/2023”.
- Programa de Jóvenes Líderes Iberoamericanos “Fundación Carolina”.
- Programa de Intercambio Académico Latinoamericano de Grado -PILA-
- Programa Escala Estudiantil -AUGM -.
- Programas de Movilidad para Estudiantes de Pos Grado AUGM.
- Programa de Movilidad docentes AUGM.
- Programa de Movilidad gestores AUGM.
- Programa de Intercambio para alumnos de grado ESCALA.
- Programa de Intercambio para alumnos de grado PAME.
- Programa BOTIN.

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 formación e información permanente y necesaria 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 que imparte esta secretaria, al mundo de los estudiantes para que así se vayan formando y vayan adquiriendo habilidades extras para cuando se inserten en el ámbito de los profesionales.

Con ese fin, se receptaron distintas inquietudes de profesores de la Facultad y diversas instituciones que se cristalizaron en la organización de seminarios, cursos y jornadas que en este año se realizaron de manera híbrida (virtual y presencial).

Durante el año 2023 se llevaron a cabo o están pendientes de realizarse, las siguientes actividades académicas:

- Seminario: “Formación Profesional para Jueces de Paz”. Propuesta fue efectuada por el Ab. Tomas García Faure, teniendo como Director Académico al Prof. Dr. Juan Brügge y como coordinadores académicos a los A b. Mariana Amaya Cáceres, Ab. Esp. Agustín García Faure y Ab. Octavio W. Sánchez. Esta actividad, dirigida a Jueces de paz, empleados de la Administración Pública, Judicial y afines, profesionales interesados y alumnos avanzados de la carrera de abogacía, tuvo como objetivos dotar a los asistentes de herramientas prácticas y nociones de temas relacionados con el derecho público de actualidad, acompañado de jurisprudencia específica, relevante y actual para el ejercicio profesional de los Jueces de Paz. Se llevó a cabo de manera virtual, los días lunes 8, 15, 22, 29 del mes de mayo y los días 5 y 12 del mes de junio del año 2023, Total de inscriptos: 127.
- Seminario en conmemoración del Día internacional de la Mujer: “Jornada sobre Derecho Laboral: violencia y acoso en el mundo del trabajo: ¿qué tenemos que ver? convenio 190: el rol de los actores sociales para la construcción de un ambiente libre de violencia”. Propuesta efectuada por el Ab. Santiago Saín quien conjuntamente fue coordinador académico con la Ab. Denise Della Mea, teniendo como Director Académico al Prof. Dr. Carlos A. Toselli. Fue llevada a cabo de manera virtual el día 09 de marzo del 2023. Total de inscriptos: 134.
- Seminario: “Nueva moratoria previsional 2023: requisitos y características para personas en edad jubilatoria, requisitos y características para trabajadores en edad pre jubilatoria- PUAM y otras moratorias”. Propuesta efectuada por el Ab. Santiago Sain conjuntamente con el Ab. Pedro Patricio Yanzi Aspell, quienes fueron a su vez Coordinadores Académicos del mismo, teniendo como Director Académico al Prof. Dr. Daniel Brain. Fue llevada a cabo el día 08 de marzo del 2023. Total de inscriptos: 584.
- Curso: “La Atribución de la Vivienda Familiar desde una perspectiva de género”. Propuesta efectuada por el Prof. Adjunto en Derecho Privado VI

Fabian Faraoni y la Dra. Mariana Sánchez. Se llevó a cabo bajo la modalidad híbrida el día 18 de mayo del 2023. Total de inscriptos: 330.

- Jornada de Justicia y Derechos Humanos; “A 40 años de la recuperación democrática”. Propuesta por el Secretario General de la Unión de Empleados de Justicia de la Nación, Regional Córdoba, Dr. Juan Pablo Triputti, dirigida por el Fiscal General Dr. Carlos Gonella. Fue llevada a cabo el 21 de marzo de 2023, bajo la modalidad presencial. Total de inscriptos: 239.
- Congreso sobre alcoholemia: “Alcohol cero al volante”. Propuesta por el Prof. Dr. Juan Fernando Brügge quien también tuvo a su cargo la Dirección académica del mismo, siendo Coordinadores académicos los Ab. Valeria Rodríguez y el Ab. Diego Bichman. Se llevó a cabo de manera híbrida, tanto de manera presencial como por la modalidad virtual vía Zoom, el 11 de abril de 2023. Total de inscriptos: 134.
- Seminario: “El impacto de las reformas en el Código Tributario de la Provincia de Córdoba. ¿Hacia dónde va el fisco provincial en el contexto actual?” Propuesta efectuada por el Prof. Dr. Maximiliano Rajman, coordinada por la Ab. Candelaria Basualdo y coorganizada junto al Observatorio de Tributos de la Universidad Siglo XXI. Modalidad virtual, el 13 de abril de 2023. Total de inscriptos: 79.
- Seminario: “Perspectiva de Género en las Sentencias Laborales”. Ésta propuesta contó con la Dirección Académica del Prof. Dr. Carlos Alberto Toselli. La coordinación académica se llevó adelante por los Ab. Santiago Sain y Ab. Yamile Nahir Duna. Se realizó de manera virtual, los días 11, 18 y 25 de abril del 2023. Total de inscriptos: 128.
- Jornada: “Justicia y Política en el Consejo de la Magistratura. Violencia y Acoso Laboral en el ámbito de la Justicia. Ética Judicial”. Dirigida por la Prof. María Noel Costa y el coordinador académico fue el Ab. Agustín Marchesini. Realizado fue el 13 de abril de 2023, bajo la modalidad presencial. Total de inscriptos: 48.
- “Conversatorio a 40 Años de la Recuperación Democrática 1983/2023 - 40 años de Defensa de DD. HH”. Se realizó el día 14 de abril de 2023, contó con la adhesión de los sitios de Memoria de Córdoba y otras organizaciones de la sociedad civil. Total de inscriptos: 21.
- Jornada: “Ciberdelitos y Protección de Datos Personales en las Redes Sociales”. La propuesta contó con la Dirección Académica del Prof. Dr. Juan Fernando Brügge de la “Asociación Civil Abogados Digitales 4.0”. Contando con la coordinación académica de los Ab. Santiago Saín y Ab. Yamile Nahir Duna. Se realizó de manera presencial en la Sala Regino Maders de la Ex Legislatura de la Provincia de Córdoba, el 19 de abril de 2023. Total de inscriptos: 121.

- Seminario: “Género y Derecho Penal en las discusiones de la parte general - Temas Actuales”. La propuesta fue efectuada por la Prof. Dra. Aída Lucía Tarditti, para la realización de esta actividad, siendo la mencionada la directora académica. La coordinación estuvo a cargo de la Dra. Natalia Monasterolo y la coordinación general, a cargo de la Ab. Natalia Oliva. Tuvo lugar los días: lunes 08, 15, 22 y 29 de mayo y 05 de junio de 2023. Total de inscriptos: 408.
- Conferencia Abierta: “La Perspectiva de Género en Narcocriminalidad y Delitos conexos- El Ejercicio del Derecho de Defensa, su juzgamiento y la ejecución de la pena”.
La misma tuvo como director al Dr. Gerard Gramática Bosch. Asimismo, fueron los coordinadores de la actividad académica, el Ab. Enrique Chumbita y el Ab. Matías Peralta Pamelin. Total de inscriptos: 135.
- “Prescripción Tributaria- Análisis de los pronunciamientos recientes de la CSJN”. La actividad fue coorganizada junto al Observatorio de Tributos Locales de la Universidad Siglo XXI, se llevó a cabo el 23 de mayo de 2023, a cargo de su Director Profesor Pablo Landín. Total de inscriptos: 102.
- “Conferencia abierta: problemas de responsabilidad por imprudencia. Casos penales en el ámbito de la construcción”. Dirección a cargo de la Dra. María Cristina Barberá de Riso y la coordinación académica del Ab. Juan Pablo Rubio. Se realizó de manera presencial, el día 8 de junio de 2023. Total de inscriptos: 60.
- “Conferencia abierta: Amparo de salud: aspectos procesales”. Dirección académica del Dr. Lorenzo Barone, coordinada por la Mgtr. Natalia Luna Jabase. Se realizó de manera virtual a través de la Plataforma Meet los días 12 y 16 de junio del año 2023. Total de inscriptos: 61.
- “Conferencia abierta: la legitimidad del delito de admisión y ofrecimiento de dádivas (ART. 259 C.P.)”. Contó con la Dirección Académica de los Dres. Anna Richter y Federico Arena, y la Coordinación Académica del Ab. Juan Pablo Rubio. Se realizó de manera presencial en la Sala 3 de la Facultad de Derecho y de manera virtual a través de la Plataforma Zoom el día 15 de junio del año 2023. Total de inscriptos: 81.
- “Jornadas sobre Sistema Protectorio contra la Violencia de Género. Vías Procesales en la Provincia de Córdoba”. Contó con la Dirección Académica de la Prof. Dra. Cristina González de la Vega, la Coordinación Académica de la Ab. Esp. Anahí Sandiano y la Coordinación Ejecutiva de la Ab. Esp. Carina Guevara y el Ab. Joaquín Meichtri. Se llevó a cabo de manera híbrida los días 28 y 29 de junio de 2023. Total de inscriptos: 193.
- “Jornada de Profundización de Derecho Cambiario”. Contó con la Dirección Académica Prof. Titular de Cátedra Dr. Guillermo Altamira, y la Coordina-

ción Académica de Prof. José E. Moreno. Se llevó a cabo de manera virtual el día 27 de julio de 2023. Total de inscriptos: 137.

- “La Oralidad, Avances e Incertidumbres”. Contó con la Dirección Académica del Dr. Emilio Albarenga. Se llevó a cabo de manera presencial y de manera virtual a través de la plataforma Zoom los días 03, 10, 17, 24 y 31 de agosto de 2023. Total de inscriptos: 12.
- “Encuentro Argentino Chileno de Profesores de Derecho Internacional Privado”. El encuentro fue propuesto por los profesores María Gloria Bottiglieri, Carlos E. Echegaray de Maussion y Adriana Zavatti. Total de inscriptos: 51.
- “Justicia y Derechos Humanos. En el Día Internacional de las Víctimas de Desapariciones Forzadas”. Dirección Académica del Dr. Juan Pablo Tripputi y la Coordinación Académica de la Dra. Paula Montequin. Se realizó el día 30 de agosto de 2023. Total de inscriptos: 166.
- “I Jornada de Profundización de Derecho de Daños. Desafíos en la Valoración y Cuantificación del Daño Resarcible”. Se realizó de manera presencial, el día 6 de septiembre de 2023. Total de inscriptos: 152.
- “Conversatorio Ética de los Abogados”. Presentación del libro del Dr. Hugo Seleme por el Vicepresidente de la CSJN, Dr. Carlos Rosenkrantz. El evento de presentación del libro estuvo coordinado por el Dr. Carlos Krauth. Total de inscriptos: 73.
- “Workshop: Podcast en la Enseñanza”. La propuesta fue efectuada por las Profesoras Eliana Barberis, María Belén Santillan Arias y Elisa Zabala responsables del Equipo de Asesoramiento Pedagógico Comunicacional de la Facultad de Derecho. La actividad se llevó a cabo el día 7 de septiembre de 2023. Total de inscriptos: 31.
- “Congreso Nacional de Derecho y Género”. Con fecha 13 y 14 de septiembre de 2023 con modalidad virtual. Esta actividad académica está siendo organizada junto con el Área de Políticas de Género- Facultad de Derecho, la Unidad Central de Políticas de Género- UNC (UNICEPG) y el Ministerio de la Mujer de la provincia de Córdoba. El comité académico está formado por la Dra. Marcela Aspell, Dra. María Marta Cáceres de Bollati, Mtra. Claudia Martínez, Dra. Mariana Sánchez, Dra. Aída Tarditti, Abog. Romina Sococozza y como coordinadores académicos abogados Estefanía C. Pereyra, María Pía Avellaneda, Gustavo Laprovitola y Santiago Saín. Total de inscriptos: 222

Talleres de Práctica Profesional para Graduados

Bajo resolución decanal número 141/2023 se crearon los Talleres de Práctica Profesional para Graduados únicamente, los cuales son dictados por los adscriptos

de las diferentes cátedras de las distintas materias bajo la dirección académica de los profesores titulares de cada una.

En este sentido se llevaron a cabo los siguientes:

- Proceso de Divorcio y sus efectos; Medidas Provisionales Personales y Patrimoniales en el Fuero Familia; Violencia Familiar y de Género. El Director Académico de los mismos fue el Prof. Adj. Fabián Faraoni y los Coordinadores Académicos fueron los Ab. Ads. Estefanía Carla Pereyra, Ab. Ads. Javier Hermann Moine y Ab. Ads. María Pía Avellaneda. Total de inscriptos: 370.
- “Juicio de Desalojo- ¿Cómo hacer un desalojo?”. Directora Académica, Dra. Cristina E. González de la Vega y la Coordinación Académica del taller estuvo a cargo de los Ab. Ads. Ezequiel Álvarez Guzmán y Eric A. Opl y tuvo como disertantes a los Ab. Ads. Eric A. Opl, Josefina López Amaya y Ezequiel Álvarez Guzmán. Las fechas de dictado fueron los días 15, 22 y 29 de mayo y 05, 12 y 26 de junio de 2023 con un cupo de 30 asistentes. Total de inscriptos: 73.
- “Regulación y Ejecución de Honorarios: Una mirada objetiva de la labor del Abogado”. La propuesta fue realizada por el Dr. Manuel González Castro en su carácter de Profesor Titular (I) y la Ab. Esp. Anahí María Sandiano, integrantes de la asignatura “Derecho Procesal Civil y Comercial Cátedra “A”, la Coordinación Académica del Taller estuvo a cargo de la Profesora Ab. Esp. Roxana Garay y el Profesor Ab. Esp. Agustín Mothe, junto con los adscriptos Joaquín Lombardi, Gustavo Marcos Pereyra, Germán D. Flores y Liza Pagura. Las fechas de dictado fueron los días 31 de mayo, 07, 14 y 21 de junio de 2023. Total de inscriptos: 67.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos (0351) 4332057/58/60 inte. 351, Obispo Trejo nº 242, 2º piso, Córdoba. Horario de atención: 10.30 a 14 horas. Más info: e-mail: graduadosfdycs

ANUARIO Hispano - Luso - Americano de Derecho Internacional (AHLADI), Volumen 25, Instituto Hispano - Luso - Americano de Derecho Internacional, Tecnos, Madrid, 2021, 329 páginas.

El Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (AHLADI) desde su Anuario -cuya publicación se realiza de manera bienal- ofrece estudios doctrinales en lengua española y portuguesa sobre temas de Derecho internacional público y Derecho internacional privado. En esta oportunidad, el Anuario reúne trabajos de los años 2020 y 2021, período en el cual se vivió la pandemia del Covid-19, lo que llevó a centrar su atención en comprender las necesidades jurídico- internacionales que se plantearon en el marco científico para que se trasladen al ámbito político-diplomático, y que permita mejorar la situación que provocó esa pandemia. El texto en análisis es la entrega número 25. El mismo agrupa cinco ponencias, seis comunicaciones y artículos y recomendaciones.

La primera ponencia, *Covid-19 y Frustración de Contratos Internacional*, que tiene como autor a Sixto A. Sánchez Lorenzo (España), con el título del artículo ya anticipa su contenido. En el ensayo el autor reflexiona sobre la frustración como causa del contrato y de la excesiva onerosidad sobrevenida o *hardship*, como algunas de las instituciones legales que buscan dar respuestas a los efectos que sobre los contratos producen tales circunstancias.

La segunda ponencia es un trabajo de Hugo Llanos Mansilla (Chile), titulada *La pandemia del Covid-19 y el cambio climático*. El autor reflexiona sobre el impacto de la pandemia en el ambiente, sus consecuencias para los derechos humanos y las poblaciones vulnerables, y la dificultad que presenta para poder alcanzar los objetivos de Acuerdo de París.

La tercera presentación, *La Protección de la Salud Pública y el respeto a las Libertades Individuales ante la COVID-19*, escrito por Juan Manuel De Faramiñán Gilbert (España). El autor aborda las disposiciones legales adoptadas por los Estados, las que en ciertos casos coartaron las libertades individuales, tales como la protección de datos, libertades personales, sobre la intimidad, economía de pequeñas y medianas empresa, entre otras. Sobre todo, el impacto que sus consecuencias generará sobre las generaciones futuras.

Hugo Ignacio Llanos Mardones (Chile), escribe la cuarta ponencia *La obligación de Notificar una pandemia, a la Luz del Proyecto de artículos de la Comisión de Derechos Internacional sobre la Protección de las Personas en caso de Desastre*. Con este título el autor anticipa su contenido. El trabajo analiza los distintos instrumentos legales que existen en el Derecho Internacional para tratar algunas de las cuestiones jurídicas que planteó la pandemia.

La quinta presentación *Solución de Controversias relativas a la Covid-19 en el Plano del Derecho Internacional Público*, escrito por Zlata Drnas de Clément (Argentina). En esta oportunidad la autora, reflexiona sobre cuáles serían los mecanismos internacionales de solución de controversias que ofrece el sistema jurídico internacional y que serían viables para resolver los enfrentamientos entre los Estados.

En la segunda parte del Anuario, encontramos Comunicaciones y Artículos, agrupados en seis trabajos.

El primero titulado *Los efectos del Covid-19 en la Contratación Internacional*, trabajo realizado por Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), donde se expone cómo el Derecho Internacional Privado desde la perspectiva de la contratación internacional -a través de diferentes foros de codificación y ámbitos académicos- procura elaborar soluciones eficaces a las complejidades de nuestros días.

María Alejandra Sticca (Argentina) escribe el segundo trabajo, *La Pandemia provocada por la Covid-19 como impulsora de un cambio fundamental en las circunstancias. ¿Posible causal de suspensión o terminación de Tratados Internacionales?* Si bien el título nos anticipa su contenido, el trabajo reflexiona sobre las diversas instituciones del derecho internacional público, entre ellos el derecho de los tratados, destacando sobre todo el renacimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*.

El tercer trabajo es sobre *Responsabilidad Internacional por no tomar las medidas preventivas de propagación de la Covid-19*, de Pablo César Revilla Montoya (Perù). El autor trabaja la responsabilidad internacional de la República Popular China como de la Organización Mundial de la Salud, procurando identificar las normas y principios internacionales aplicables a la falta de diligencia en la prevención de la Covid-19, como así también plantea el establecimiento de una Comisión Internacional Independiente de Investigación.

El cuarto artículo de María Luján Flores y Carlos Sapriza (Uruguay), titulado *Algunas reflexiones acerca de la pandemia Covid-19 desde una perspectiva interamericana*. Los autores reflexionan sobre el papel del derecho a los efectos de regular la coexistencia pacífica y poder hacer frente a situaciones extremas. Se analiza el marco normativo tanto a nivel regional como universal. Dentro del sistema regional, se examinó la respuesta de la jurisprudencia interamericana.

Amalia Uriondo Martinoli (Argentina) escribe en el quinto artículo *Sustracción Internacional de Niños en tiempos de Pandemia Covid-19*. La autora trabaja en relación a la Convención sobre sustracción internacional de niños, su aplicación en la época del Covid-19, analizando los órganos del sistema interamericano de derechos humano, como así también las medidas adoptadas a través de decisiones y recomendaciones.

El sexto trabajo *Naturaleza jurídica del Reglamento Sanitario Internacional* de Pablo Antonio Fernández Sánchez y Ana Cristina Gallego Hernández (España). Los juristas analizan si el Reglamento es un tratado internacional adoptado por la Organización Mundial de la salud (OMS) o si es un acto de contenido normativo de

una organización internacional, que puede generar obligaciones para los Estados, para la OMS o incluso para terceros.

Finalmente y como última parte del Anuario, se encuentran las Recomendaciones, el Covid-19 y Frustración de Contratos Internacionales, La pandemia Covid-19 y el cambio climático, La protección de la salud pública y el respecto a las libertades individuales ante la Covid-19, La obligación de notificar una pandemia, a la luz del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derechos Internacional sobre la protección de las personas en casos de desastre y la Responsabilidad internacional por la Covid-19 (solución de controversias).

En resumen, como ya es sabido, la presente publicación del Instituto Hispano - Luso - Americano, resulta sumamente interesante para quienes pretendan mantenerse actualizados sobre las problemáticas que planteó la pandemia del COVID-19 y las posibles soluciones brindadas desde el derecho internacional. Además la publicación contiene una significativa diversidad temática y de autorías, lo que la convierte en un interesante trabajo de lectura para todos los estudiantes, docentes y estudiosos.

Yamila Yunis

CASANOVAS, O. *Carl Schmitt pensador del orden internacional*, Tecnos, Madrid, 2022, 136 páginas.

En una sucinta a la par que enjundiosa monografía, Oriol Casanovas pasa revista a los trazos de pensador internacionalista que hay en la obra de Carl Schmitt, lo cual no deja de ser una tarea que presenta sus dificultades y que, a estas alturas, suscita sus perplejidades. Dificultades porque, aun siendo Schmitt un jurista, no es sobre todo un iusinternacionalista. Porque aun no dejando de ser un jurista, brillante especialista en Derecho Político y Constitucional, no deja de ser un filósofo político, un ensayista e, inclusive y en cierta medida, un teórico *sui generis* de las Relaciones Internacionales. Desde luego que tiene Carl Schmitt aportaciones en el ámbito del Derecho Internacional, por supuesto que ha incursionado en esta disciplina, sobre todo -aunque no sólo-, a raíz de su obra "El Nomos de la Tierra en el Derecho de gentes del *Ius Publicum Europaeum*", publicado en 1950. Pero no es la producción que más abunda en su obra. La labor de Oriol Casanovas en esta monografía, enfrentándose a la proteica figura de su biografiado y a un pensamiento cuyo rastreo no es fácil, a causa de que es cambiante, reactivo y no lineal, es encomiable.

El título de la monografía no le hace justicia, porque Oriol Casanovas no se limita a abordar esos trazos internacionalistas en la obra de Carl Schmitt. Estamos ante la presentación compendiada de todo el pensamiento de Carl Schmitt, de sus conceptos clave, e incluso de sus circunstancias vitales. Como luego diremos, las peculiaridades de la obra del pensador alemán han exigido la reconstrucción de su decurso vital, del contexto en el que aquella surgió porque, como hemos dicho, Carl Schmitt acuña sus conceptos en clara reacción a las circunstancias concretas que

le tocó vivir, fundamentalmente a las dos guerras mundiales, a la posición de Alemania en ese período. Carl Schmitt es un nacionalista alemán y como tal reacciona.

Por otro lado, hemos dicho que abordar la figura y la obra de Carl Schmitt suscita perplejidades. ¿Qué motivación guía a Oriol Casanovas? ¿Se trata de un interés meramente histórico por una obra desarrollada en el período de entreguerras y en los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado? ¿Tiene algo que aportar Carl Schmitt a un mundo como el del siglo XXI? Como luego advertiremos, la contribución de Schmitt no sólo fue recibida con profusión en los países de su entorno cuando se generó -es especialmente relevante la recepción de su pensamiento en España, en particular también entre los iusinternacionalistas españoles- sino que goza de predicamento en la actualidad. Y esto, más novedoso, se debe a que, como advierte el autor, está presente en los debates actuales, haciendo acopio de seguidores tanto en el ámbito de la derecha como en el de la izquierda. La causa es la crítica e impugnación de la democracia liberal que realiza Carl Schmitt. Y en el caso del ámbito del Derecho Internacional y de las Relaciones Internacionales, algunos conceptos de Carl Schmitt anticipan rasgos de nuestro tiempo, como la teoría de los grandes espacios que justifica un orden internacional pluralista o su reflexión sobre el partisano. La figura del pensador de Plettenberg, el lugar de Westfalia donde nació, es también controvertida, por sus vínculos con el nazismo. Efectivamente, Carl Schmitt estuvo afiliado al partido nazi, llegó a ser presentado desde diversos medios como el jurista del régimen nazi y sufrió un proceso de desnazificación culminada la Segunda Guerra Mundial, que implicó su reclusión en un campo de internamiento durante un año, su pérdida de la cátedra y un segundo proceso en el que fue ingresado nuevamente en prisión. Oriol Casanovas dedica un capítulo a esclarecer la implicación nazi de Carl Schmitt. Este, sin embargo, no gozó en todo momento de la estima del régimen nazi, que dudó en los últimos tiempos de su implicación y acabó apartándolo de los cargos que había ostentado fuera de la universidad por su ambigüedad.

Pero vayamos al andamiaje de la obra que estamos reseñando. La estructura que Casanovas da a su monografía es particularmente atractiva y se revela de una gran utilidad para cumplir el objetivo triple de exponer la figura del biografiado, su pensamiento y, más en concreto, su contribución internacionalista. En cierto sentido se trata de un análisis cronológico de la obra de Carl Schmitt, pues la línea temporal es necesaria para enjuiciar una cambiante evolución del jurista alemán, propiciada por las crisis que le tocó vivir. Carl Schmitt es un pensador para la crisis, la crisis del Estado liberal, la República de Weimar, la crisis de las contiendas mundiales y las sucesivas derrotas de Alemania, la crisis del orden constitucional y del orden internacional. Y es un jurista que ve inicialmente el Derecho en clave decisionista, luego como plasmación de un orden concreto, para culminar acudiendo a un horizonte escatológico tras el colapso de ese orden, horizonte suministrado por la Teología Política. Esas etapas son abordadas por Oriol Casanovas sirviendo al triple objetivo que anunciábamos líneas arriba.

Precede a los nueve capítulos en los que se vertebra el trabajo una introducción especialmente clarificadora, en la que comienzan a abordarse y se presentan las cuestiones esenciales que van a desarrollarse con posterioridad: en primer lugar, ¿qué es Carl Schmitt?, si un jurista, un filósofo político, un ensayista o acaso un teórico de las Relaciones Internacionales; en segundo lugar, el contexto en el que se desarrolla su pensamiento, el de la derrota de Alemania en las dos conflagraciones mundiales; en tercer lugar, las características de su pensamiento jurídico, un pensamiento alejado y antagónico al del positivismo jurídico, que entiende el Derecho como el resultado de la decisión de un poder que es su fundamento, por ello, un pensamiento que, en las primeras etapas, puede ser calificado de decisionista; en cuarto lugar, un pensamiento que pretende definir lo político sobre la base de la distinción amigo/enemigo y que, en la década de los treinta, abandonando el decisionismo, adopta un análisis de la dimensión espacial del poder, recurriendo a la necesidad de apoyar el orden político y jurídico en un orden concreto; finalmente, su aportación a las Relaciones Internacionales, acuñada tras la Segunda Guerra Mundial sobre la base de la teoría de los grandes espacios conformantes de un sistema internacional pluralista y que se manifiesta en su ya mencionada obra “El nomos de la Tierra en el Derecho de gentes del *Ius Publicum Europaeum*”.

A partir de esta introducción, la opción de Oriol Casanovas pasa por abordar en los dos primeros capítulos la vida y la caracterización del complejo pensamiento de Carl Schmitt. La vida porque su obra es de carácter reactivo y su posición defensiva frente a las Carl Schmitt pensador del orden internacional. Tal vez como manifestación de haber nacido en el seno de una familia católica en un lugar de mayoría protestante. El catolicismo devino una cuestión importante en la obra de Carl Schmitt, incidiendo claramente sobre su teoría política y sobre su concepción del orden internacional. De formación jurídica, Carl Schmitt publica sus principales obras sobre teoría política y Derecho Constitucional en el período de entreguerras, convirtiéndose en una figura prominente de la Ciencia Jurídica alemana. Tras pasar por las Escuelas de Comercio de Múnich y Berlín y por la Universidad de Colonia, accede a la cátedra en la Universidad de Berlín, en 1933. Por estas fechas ya se había incorporado al partido nacionalsocialista en el que ocupa una cierta posición de privilegio, pues es nombrado director de la sección de catedráticos de la Liga Nacionalsocialista de Juristas alemanes. Aun así, como relata Oriol Casanovas, debido a que su posición era considerada demasiado ambigua por los nazis, pierde sus cargos excepto la cátedra. Durante ese período posterior de ambivalencia las autoridades impulsaron, pese a todo, sus viajes oficiales al extranjero; entre ellos deben destacarse los realizados a España, donde Carl Schmitt contacta con personalidades como Fernando Castiella, Juan Manuel Castro-Rial, o José Yangüas Messía. Tras el fin de la segunda guerra mundial y el proceso de desnazificación al que se ve sometido, que incluye la desposesión de su cátedra, vuelve en los años cincuenta a visitar España y a contactar con otros autores españoles como Antonio Truyol Serra, Enrique Tierno Galván, Álvaro D’Ors o Luis García Arias.

En el segundo capítulo Oriol Casanovas traza una incisiva caracterización del proteico y complejo pensamiento de Carl Schmitt, en una evolución que -confiesa el profesor Casanovas- no siempre es fácil de valorar. Sus rasgos son el método holístico, un enfoque del Derecho las más de las veces externo, siempre propio y original; una obra de dispersión temática y con ausencia de un enfoque sistemático, que presenta un interés por la filología y la literatura, con un estilo literario y un discurso que analiza hechos históricos, ideas políticas y conceptos jurídicos. Tras esbozar esta caracterización pasa a analizar las principales obras y conceptos abordados en el período de entreguerras por Carl Schmitt.

El capítulo 3 se dedica a la exposición de uno de los conceptos clave en la obra de Carl Schmitt, de inmediata repercusión en su concepción sobre las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional: la dimensión espacial del poder, que se manifiesta en el concepto de *nomos* y en su doctrina de los grandes espacios. Es esa dimensión espacial del poder precisamente la que parece llevar a Carl Schmitt a dedicarse a cuestiones internacionales en la época en la que ya no goza del predicamento de los nazis, por lo que esta opción aparece también como más cautelosa, en vez de tratar las cuestiones internas del Derecho alemán. Oriol Casanovas pasa así revista a la producción doctrinal en la que Schmitt aborda temas como la Sociedad de Naciones, el imperialismo, el pacifismo, o las consecuencias del Tratado de Versalles, que revelan la concepción que del Derecho Internacional tenía el autor alemán, “una antigualla” para Casanovas, al pensar en él como un ordenamiento constituido por los derechos fundamentales atribuidos a los Estados y las obligaciones por éstos contraídas mediante tratados. La doctrina de los grandes espacios es así analizada como fundamento de un orden mundial basado en imperios, concepto este ordenador de un Derecho Internacional nuevo. También es contrastada y diferenciada respecto de la noción nazi de *Lebensraum* o espacio vital. Oriol Casanovas no se limita a exponer las ideas del autor alemán, sino que las pasa por el tamiz doctrinal de otros autores como Riccardo Monaco o Anthony Carty. Se revela Carl Schmitt como crítico del orden jurídico, para él ficticio, establecido por el Tratado de Versalles y la Sociedad de Naciones, y como defensor de una estructura mundial pluralista.

El capítulo 4 es un obligado interludio en el que Oriol Casanovas, que ya ha esbozado la cuestión en páginas anteriores, profundiza y aclara, en lo posible, los lazos de Carl Schmitt con el nazismo, a la vez que aborda, por primera vez, su antisemitismo, calificado de cultural y basado, una vez más, en la precepción de la doctrina de los espacios, que conduce al autor alemán a entender al pueblo judío como desvinculado de una base territorial, lo que le impide poseer una identidad política. A pesar de tal antisemitismo, Carl Schmitt no dejó de tener relaciones intelectuales con autores judíos, por ejemplo, con Leo Strauss. Resulta significativo, como recuerda Casanovas, que para calificar su propia posición en 1941 Carl Schmitt, en base a una analogía literaria, acudiera a la figura del Benito Cereno -narración de Herman Melville- o a la del Epimeteo cristiano -de la obra de Konrad Weiss-.

El meollo del análisis de la aportación de Carl Schmitt a las cuestiones internacionales se encuentra agrupado en los capítulos 5 y 6. En el capítulo 5 Oriol Casanovas aborda la obra primordial de Derecho Internacional de Carl Schmitt, el ya comentado “El *nomos* de la Tierra en el Derecho de gentes del *Ius Publicum Europaeum*”. En esa obra Schmitt deambula desde el concepto de *nomos* como principio fundamental de distribución espacial, al derecho de gentes europeo consolidado tras la paz de Westfalia, pasando por los descubrimientos geográficos y conquistas de los siglos XVI y XVII -hechos constituyentes del derecho de gentes-. Ello propicia que Oriol Casanovas examine el pensamiento de Schmitt sobre Francisco de Vitoria, para quien este es un pensador teológico medieval que no sirve para entender la Modernidad. El derecho de gentes se configura así para Carl Schmitt como un orden jurídico entre Estados que se reconocen iguales y soberanos en sus territorios y que se relacionan entre sí mediante representantes, se dotan de relaciones jurídicas celebrando tratados. Un orden eminentemente europeo que acaba con la primera guerra mundial y el Tratado de Versalles. Otro vector esencial en la monografía de Schmitt que aborda Casanovas es el papel de la guerra, una guerra “acotada”, en el que se abandona cualquier calificación de guerra justa durante el período del derecho de gentes del *ius publicum europaeum*. Disuelto este en el siglo XX, constata Carl Schmitt que reaparece el *ius ad bellum* con una nueva formulación, la “guerra discriminatoria”. La crítica de Oriol Casanovas a la obra del pensador alemán, entre otros extremos, constata que no se dedica ninguna palabra a la Carta de las Naciones Unidas, en una obra publicada en 1950, aunque parece que recoge escritos del autor que se detienen en 1945.

Si el capítulo 5 se dedica a los grandes espacios, al *nomos* de la tierra, el capítulo 6 aborda las obras de Carl Schmitt en las que marca la desterritorialización que implica el paso del derecho de gentes del *ius publicum europaeum*, al *International Law*, que no consiste sólo, que también, en un Derecho entre Estados, en una ordenación concreta del espacio, sino que además contiene elementos no estatales, un Derecho entre pueblos, autoridades eclesiástico-religiosas, entre grandes potencias. Lo que podría dar lugar a “un cierto *standard* constitucional común”, que no deja ser premonitorio o, como indica Oriol Casanovas, se vienen a la mente desarrollos ulteriores como los que se concretan en la *lex mercatoria* o en el Derecho global. En cuanto al posible proceso de unificación mundial, imposible para Schmitt, ya que no desaparece la distinción amigo/enemigo, el autor alemán avizora que la dualidad mundial propia de la guerra fría está, sin embargo, más cerca de una pluralidad que de una unidad definitiva. En este sentido, Schmitt, recuperando su doctrina de los grandes espacios admite la posibilidad de que aparezcan nuevos actores como China, India o Europa. Pluralismo que podría constituir un nuevo *nomos* de la Tierra formado por esos grandes espacios, creador de un nuevo Derecho de gentes entre esos actores, con una cierta analogía con el derecho de gentes del *ius publicum europaeum*. Otro análisis que aborda Oriol Casanovas es el tratamiento que da Carl Schmitt a la figura del partisano, prefiguración en cierto sentido del terrorista moderno.

La complejidad del pensamiento de Carl Schmitt, máxime en su filosofía política, se aborda en el capítulo 7, que se dedica a su tratamiento de la Teología Política. Acusado de nihilista, en su primer período decisionista, acudió al concepto de orden concreto, pero este se vino abajo con la derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial, el orden concreto colapsó, y Schmitt se posicionó en un horizonte escatológico de superación del nihilismo que le llevó a la Teología Política. Casanovas advierte de la inconcreción de este concepto. Inicialmente, para Carl Schmitt esta es una epistemología de las Ciencias Sociales basada en la analogía entre los conceptos teológicos y los conceptos políticos. Pero en una segunda época, Carl Schmitt “busca una clave en la filosofía de la historia e imprime un significado más propiamente teológico a la noción de teología política”. En esta línea se suscita el recurso por Schmitt a la figura del *kat-echon*, proveniente de la Carta de Pablo a los Tesalonicenses y que para el autor alemán es una constante histórica recurrente en el tiempo que ejerce la función de impedir el caos. Se ha especulado sobre quien, para Schmitt, cumpliría esa función en cada período histórico, por ejemplo, si fue el Imperio romano, la Cristiandad medieval, o el *ius publicum europaeum*. Pero no hay concreción del autor al respecto, más allá de que entiende que “el puesto nunca estuvo vacante”. Trae a este respecto Oriol Casanovas la opinión de Martii Koskenniemi para quien la utilización por Schmitt de tal figura es una expresión de su concepción del Derecho Internacional como Teología Política. Por eso, “en Schmitt la defensa de la irrepitibilidad del acontecer histórico también persigue mantener un espacio y un tiempo para lo político, la distinción amigo-enemigo, las opciones morales y, en definitiva, para la permanencia del Estado”. Porque Schmitt, en su diseño del orden internacional que sustituye al derecho de gentes del *ius publicum europaeum* no prescinde del Estado, defiende “la desaparición de los imperialismos universalistas y la emergencia de un orden policéntrico de grandes potencias (teoría de los grandes espacios), la desterritorialización de los espacios o la ruptura de los conflictos interestatales con las figuras del partisano y del terrorismo internacional”.

El capítulo 8 es una demostración de la rica recepción de la obra de Carl Schmitt en la Europa continental y en el mundo anglosajón y por eso Oriol Casanovas lo titula acertadamente “El otro juicio de Carl Schmitt”. Comienza por el análisis de la acogida de su obra entre los autores españoles, desde el grupo del Instituto de Estudios Políticos, capitaneado por Francisco Javier Conde, y en el que se incluía a Carlos Ollero y Luis Díez del Corral. Luego, a derecha e izquierda, por un lado, el grupo próximo al Opus Dei formado por Rafael Calvo Serer, Florentino Pérez Embid y Álvaro D’Ors y, por otro, Manuel García Pelayo y Enrique Tierno Galván. Todos ellos, además de Antonio Truyol, Raúl Morodo, José Antonio González Casanova, Francisco Sosa Wagner o Alfredo Gallego Anabitarte, han dialogado con el pensamiento de Carl Schmitt. En Alemania, como sostiene Oriol Casanovas, la Escuela de Frankfurt, a rebufo de su crítica al liberalismo, se apoyó en Carl Schmitt. Así hicieron autores como Otto Kirschheimer, Max Horkheimer, o Walter Benjamin. A ellos hay que sumarles autores como Jürgen Habermas. Italia también ha sido

terreno abonado para la recepción de la obra de Carl Schmitt, en pensadores como Felice Battaglia, Giuseppe Duso o Giorgio Agamben. Y, en cuanto a Francia, lo mismo puede decirse en los casos de Julien Freund, Etienne Balibar o Jacques Derrida. En el mundo anglosajón, aparte de Hans Morgenthau, la recepción de Carl Schmitt se ha producido en el terreno de la izquierda, de la mano de la revista *Telos*.

Finalmente, en un esclarecedor y último capítulo conclusivo, Oriol Casanovas aborda la actualidad del pensamiento internacionalista de Carl Schmitt. En primer lugar, la doctrina de los grandes espacios, reformulada como una anticipación de los bloques de la guerra fría y de las crisis posteriores. Trae Casanovas a colación a Danilo Zolo, para quien tal doctrina podría ofrecer un marco más pacífico de las relaciones internacionales que contrarrestara las ambiciones universalistas de las grandes potencias. En segundo lugar, la deriva hacia una criminalización del Derecho Internacional a partir del Tribunal de Núremberg; o, en tercer lugar, la caracterización de la guerra global, que confirma la quiebra de las reglas de combate y el objetivo de la eliminación del enemigo. Anticipaciones como estas llevan a Oriol Casanovas a plantearse -de la mano de diversos autores- si Carl Schmitt es un autor moderno y, en cierto modo, también precursor del pensamiento postmoderno. Su pensamiento, aclara el autor, está centrado en problemas de las crisis políticas e internacionales del siglo XX. Su crítica del universalismo denuncia su doble cara, que se trata de una retórica con pretensiones de dominio, pero admite Casanovas que el análisis espacial de Schmitt “no es un instrumento conceptual idóneo para enfocar los problemas de la globalización que se presentan en la escena internacional del siglo XXI. A Schmitt se le escapa la complejidad del mundo de hoy y es ajeno a la noción de multilevel governance, a los espacios complejos y a las formas políticas que se caracterizan por un político difuso que tiene riesgos tanto o más peligrosos que los universalismos que esconden ambiciones imperialistas”.

En cuanto a un juicio global de su aportación, Casanovas entiende que la contribución de Schmitt a las Relaciones Internacionales es mucho más problemática y no tiene parangón con la desarrollada en la teoría política y el Derecho Constitucional. Su obra es más propia del ensayo internacionalista, aunque su aproximación a la teoría de las Relaciones Internacionales es peculiar, pues Schmitt no deja de ser en todo caso un jurista. Y para Casanovas quizás la contribución más importante de Schmitt al Derecho Internacional radique en que aporta otra historia del Derecho Internacional, que hace aflorar el relato oculto de la exposición histórica convencional. Finalmente, por lo tanto, las aportaciones que pueden señalarse de Carl Schmitt en el terreno de su pensamiento internacionalista se sitúan “en el análisis del papel de las grandes potencias, de la dimensión espacial del poder de éstas, la configuración del mantenimiento de la paz mediante una policía internacional y la deriva hacia la criminalización del Derecho Internacional”. Como una manifestación clara del pensamiento internacionalista de Carl Schmitt, Oriol Casanovas incorpora a su magnífica monografía un anexo que contiene una selección traducida de un trabajo del pensador alemán: “El orden internacional de los grandes espacios con

prohibición de la intervención de potencias extranjeras”, obra de 1941. Y, posteriormente, una rica y abundante bibliografía, una selección -en palabras del autor- que es más bien exhaustiva.

Oriol Casanovas ha reconstruido gracias a una intensa revisión de esa bibliografía, el eco doctrinal de la obra de Carl Schmitt de una manera excelente. Ambas piezas, por tanto, constituyen el apoyo imprescindible para complementar la presentación de la figura y pensamiento de un autor poliédrico y complejo, anclado en el siglo XX, situado en el análisis de las crisis de ese siglo, un prestigioso jurista que incursiona, no de manera principal, en el Derecho Internacional, un ensayista de las Relaciones Internacionales cuyas ideas, aun conteniendo algunos análisis valiosos para la hora actual, encajan con dificultad en la estructura del ordenamiento internacional del siglo XXI. Todo ello lo ha aclarado con brillantez Oriol Casanovas.

Luis Pérez-Prat Durbán¹

LABORÍAS Alexis Rodrigo – GODIO Leopoldo M.A. *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Aldina editorial digital, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 504 páginas.

Tal como se destaca en las palabras preliminares del trabajo, la obra es el trabajo conjunto de un grupo de alumnos -de grado y posgrado- egresados e investigadores de derecho internacional público, la cual se insertó dentro de un proyecto de investigación institucional DeCyt, acreditado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dedicado especialmente al estudio del derecho de mar. La obra tiene por objeto facilitar el acceso a los recientes casos jurisprudenciales del mencionado tribunal.

El presente texto consta de tres partes: una introducción dedicada a la jurisdicción del Tribunal, la síntesis de cada uno de sus casos de jurisprudencia y una bibliografía pormenorizada seleccionada por los autores.

En la segunda parte de la obra se encuentra la síntesis de las sentencias acompañadas de las opiniones separadas y disidentes de los distintos jueces desde la primera decisión en 1997 hasta inicio de 2021 y por último la Bibliografía.

Las sentencias agrupadas siguen un orden cronológico, las que más de una centena de páginas se desarrollan, mencionando algunos títulos de ellos tales como: *The M/V SAIGA Case (Saint Vicent and the Grenadines v. Guinea)*, *Prompt Release (Judgment of 4 December 1997)*. *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, *Provisional Measures (Order of 27 August 1999)*, *The Monte Confurco Case (Seychelles v. France)*, *Prompt Release (Judgment of 18 December 2000)*.

(1) Universidad Pablo de Olavide. Recensión preparada para la REEI, número 45, junio 2023.

The MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures (Order of December 3, 2001), fue desarrollada por María Celia Martínez, Afustina N. Vazquez & por Leopoldo M. A. Godio.

The Volga Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release (Judgement of 23 December 2002), fue desarrollada por Julio Francisco Villarreal.

The Hoshinmaru Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release (Judgement of August 6 2007), fue comentada por Milagros María Boeri.

The ARA Libertad Case (Argentina v. Ghana), Provisional Measures (Order of 15 December 2012), fue elaborada por Florencia Albornoz.

The M/T San Padre Pio Case (Switzerland v. Nigeria), Provisional Measures (Order of July 6, 2019).

La obra bajo comentario constituye un importante aporte, ya que compila las sentencias del tribunal analizadas por renombrados especialistas y abre una infinidad de posibilidades de aprovechamiento práctico a través de la aplicación de adecuadas consignas a los estudiantes. Constituye una por demás valiosa contribución al conocimiento sobre la labor del Tribunal Internacional del Derecho del Mar y sus aportes.

Yamila Yunis

GODIO, Leopoldo M.A. (Director). *El Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2023, 1022 páginas.*

Esta obra es preparada desde 2022 en el marco de la conmemoración de los cuarenta años de la aprobación y firma *ad referendum* de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) de 1982 y los 25 años de funcionamiento del Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM). La invitación a aportar contribuciones a destacados autores de distintos lugares del mundo ha logrado un equilibrio de regiones, procedencias y experiencias. A más de la labor del propio TIDM, en los trabajos se analiza la práctica de los Estados y de distintos actores internacionales, incluyendo aportes doctrinarios que trascienden el análisis estrictamente jurídico.

Tras un breve *Prefacio* del director de la obra, el *Prólogo*, de autoría de Juan Ramón Martínez Vargas (uno de los directores de la colección *Derecho Internacional*) especifica las distintas cuestiones y aspectos tratados en las contribuciones y señala tres marcos conceptuales. El primero, "teórico", en el cual los autores se detienen en la discusión vinculada a la fragmentación del Derecho internacional, produciéndose ricas argumentaciones sin que pueda establecerse un denominador común en las posiciones. A esta perspectiva normativa, en el marco teórico se agrega también la proliferación de tribunales internacionales. El segundo marco conceptual se centra en la crisis ambiental, abarcando los efectos ya percibidos, a corto plazo (2021-2040)

y la perspectiva a mediano y largo plazo (2041-2100). Imponen esa dimensión el crecimiento del calentamiento global (1.5°-2° C), los “límites planetarios”, entendidos en una serie de variables críticas esenciales entre las cuales se cuentan cambio climático, pérdida de biodiversidad (ambos ya sobrepasados), acidificación de los océanos (a dos tercios del camino), el daño a la biosfera planetaria (Rockstrom *et al.* y Steffen *et al.*). Recientemente se ha propuesto un nuevo límite: “el agua verde” (porcentaje de tierra libre de hielo y su humedad en la zona de raíces). Se trata de un nuevo límite que demuestra la importancia de las interacciones ecohidrológicas, hidroclimáticas y sociohidrológicas. El tercer marco conceptual se ocupa de un tema filosófico que excede el marco jurídico: la condición de sujeto del derecho de la naturaleza. Los problemas humanos deben atarse a los problemas de la naturaleza, lo que implica un paso del paradigma “antropocéntrico” al “ecocéntrico antrópico”, siendo en este último, la especie humana un elemento de los ecosistemas. Los tres marcos conceptuales referidos se hallan de modo transversalmente en toda la obra.

No podemos recensionar por razones de espacio los veintiocho aportes incluidos en este extenso libro, en el que cada una de las contribuciones echa luz a cuestiones por demás relevantes, por lo cual nos limitaremos solo a unos pocos en los cuales con mayor densidad se observan los tres marcos conceptuales referidos en el párrafo anterior. Ello, especialmente teniendo en cuenta que el TIDM ha tenido ocasión de considerar tópicos propios del Derecho internacional, como también de otras subdisciplinas del mismo y principios ambientales, *v. gr.* el deber de cooperar en la conservación y gestión de los recursos vivos marinos, el deber de prevenir daños al medio marino, el principio de precaución desde una visión sustantiva más rica que el complejo normativo de la CONVEMAR.

El primer aporte de la obra se ocupa de la *Opinión Consultiva (OC) sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados respecto de las actividades en la Zona: Consideraciones sobre la obligación de diligencia debida* y es de autoría de Vanessa Arellano Rodríguez. En la CNUDM, la “Zona” (fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de la jurisdicción nacional) ha sido consagrada “patrimonio común de la humanidad” para evitar cualquier intento de reivindicación, ejercicio de soberanía o apropiación. A fin de salvaguardar que ese patrimonio común se administre de acuerdo con los principios de igualdad de acceso y distribución equitativa, se creó la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM). La AIFM sigue ocupándose *i.a.* del “Código de Minería”. Dado que las actividades que ya se llevan a cabo en la Zona enfrentan más presiones que décadas tras, la OC bajo consideración refuerza su relevancia hoy, años después de su pronunciamiento. Fue el primer caso de competencia consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del TIDM. Es destacable su aporte al contenido de la obligación de diligencia debida, uno de los pilares para la protección y preservación del medio marino. Esta opinión consultiva sobre “*Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona (Solicitud de opinión consultiva presentada a la Cámara de Controversias de los Fondos Marinos)*” dictamina que los Estados

patrocinadores también tienen obligaciones que deben cumplir independientemente de su obligación de garantizar un determinado comportamiento por parte del patrocinado contratista. Estas obligaciones pueden caracterizarse como “obligaciones directas”, entre las cuales están: la obligación de ayudar a la Autoridad en el ejercicio del control de las actividades en la Zona; la obligación de aplicar un criterio de precaución; la obligación de aplicar mejores prácticas ambientales; la obligación de tomar medidas para garantizar la prestación de garantías en caso de una orden de emergencia de la Autoridad para la protección del medio marino; la obligación de garantizar la disponibilidad de recursos de indemnización respecto de los daños causados por la contaminación; y la obligación de realizar evaluaciones de impacto. Más adelante la OC detalla cada una de esas obligaciones. El Tribunal reconoce al criterio precautorio como parte del derecho internacional consuetudinario a pesar de usar el término “enfoque precautorio”².

En el capítulo sexto, Luis F. Castillo Argañarás se ocupa del *Caso de la planta de MOX de Sellafield (Irlanda v. Reino Unido), Medidas provisionales*, en el cual el eje es el principio de cooperación, con especial énfasis en el derecho ambiental. Así, en la audiencia de 19 de noviembre de 2001, en el Asunto de la Mox Plant (etapa ventilada ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar), Philippe Sands, actuando como consejero por Irlanda, arguyó que las descargas radioactivas se mantendrían activas por miles de años, por lo que a los fines de su remoción del Mar de Irlanda, debían considerarse equivalentes al daño irreversible. En el Asunto de la Mox Plant de Sellafield, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, por unanimidad, aplicó medidas provisionales cautelares (distintas a las solicitadas por Irlanda) según las cuales las Partes debían cooperar y con tal propósito realizar consultas para: a) intercambiar información ulterior relativa a las posibles consecuencias en el Mar de Irlanda de las actividades de la Mox Plant; b) monitorear los riesgos de los efectos en el Mar de Irlanda de las operaciones de la Mox Plant; c) proyectar, según lo apropiado, medidas para la prevención de la contaminación del medio marino, que *podría*³ producirse. El Juez Treves, en los para. 8 y 9 de su Opinión separada, ha hecho presente que el Tribunal al disponer las medidas provisionales no ha hecho referencia alguna al principio de precaución. Además, el Juez ha plan-

(2) La referencia a “principio de precaución” (por su condición de “principio”), es indicativa de una regla jurídica. En cambio, la preferencia por el uso de la expresión “enfoque precautorio” o “criterio precautorio” podría significar el rechazo de la idea de una obligación jurídica de carácter precautorio, entendiendo al accionar precavido como una mera política, de carácter no normativo, flexible. Un destacable número de doctrinarios considera sin relevancia la distinción, entre ellos Trouwborst (TROUWBORST. Arie. “Prevention, precaution, logic and law the relationship between the precautionary principle and the preventative principle in international law and associated questions”, *Erasmus Law Review*, Volume 02 Issue 02, p.105 y ss.)

(3) El término “prevención” está utilizado en sentido amplio, resultando éste abarcativo tanto de la prevención como de la precaución. Obsérvese el uso del verbo en potencial, el que podría ser usado así para referirse tanto a las consecuencias eventuales de la actividad como a la posibilidad de que las mismas nunca tengan la entidad para contaminar.

teado la cuestión de si es apropiado el enfoque precautorio para la preservación de derechos procedimentales, como la cooperación (información, etc.). Por nuestra parte, creemos que no se trata de derechos procedimentales sino sustanciales, ya que el monitoreo, el intercambio de información, la cooperación en general hacen a la posibilidad misma de definir la situación de riesgo o no, punto central de la diferencia entre la precaución y la prevención *stricto sensu*⁴.

En el Cap. 9, Zlata Drnas de Clément al tratar los *Acuerdos de exclusión del procedimiento obligatorio de solución de controversias en la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar*, consideró los casos del Atún de aleta azul, en que Australia, Nueva Zelanda y Japón en 1985 -ante la disminución cuantitativa y cualitativa del recurso- acordaron el volumen total admisible de capturas de atún de aleta azul. Con la entrada en vigor de la Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul de 1993 (CCSBT) se constituyó una Comisión para la Conservación de la especie, asistida por un Comité Científico encargado de decidir el volumen total de capturas y su distribución. En 1993 Japón postuló un aumento de su cuota sin lograr acuerdo y en 1998 la Comisión expresó su oposición a una modificación del volumen a favor de Japón. Ese mismo año Japón inició un programa de “pesca experimental” al que se opusieron Australia y Nueva Zelanda. Además, requirieron al TIDM que ordenara medidas conservatorias. El TIDM otorgó medidas provisionales sobre la base de que el Tribunal arbitral del Anexo VII, *prima facie*, tendría jurisdicción sobre el caso. Además, el hecho de que según el párrafo 1 del artículo 290 de la Convención sobre el Derecho del Mar puedan prescribirse medidas provisionales “para prevenir daños graves al medio marino” y no sólo para preservar los derechos respectivos de las partes. El TIDM ordenó a Japón suspender sus “experimentos pesqueros” en orden a dar tiempo al atún a recuperarse hasta tanto se celebrasen nuevos acuerdos de gestión entre los Estados.

En el capítulo 19, Gabriela A Oanta se ocupa de la segunda opinión consultiva del TIDM en el asunto Nº 21 de 5 de abril de 2015 (*Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca* (SRFC)). El núcleo del asunto nº 21 lo constituyó la problemática de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada llevada a cabo en la ZEE de los Estados miembros de la Comisión Sub Regional de Pesca, lo que alcanza los 1.6 millones de km². Entre las preguntas formuladas al TIDM figuraba: ¿qué derechos y deberes tiene el Estado ribereño para asegurar la gestión sostenible de las poblaciones compartidas o poblaciones de interés común, especialmente las especies pelágicas pequeñas y el atún? El TIDM en la OC señaló: “213. El Tribunal opina que la cooperación entre los Estados interesados en cuestiones relativas a la conservación y ordenación de los recursos pesqueros compartidos, así como la promoción de la utilización óptima de esos recursos, es

(4) V. DRNAS DE CLÉMENT, Z. La Obligación de Cooperar como parte de las obligaciones de protección y preservación precautoria del medio marino (<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/06/artobligaciondecooperar.pdf>).

un principio bien establecido en la Convención. Este principio se refleja en varios artículos de la Convención, a saber, los artículos 61, 63 y 64". "214. Si bien limita su examen de los derechos y obligaciones del Estado ribereño a las zonas económicas exclusivas de los Estados miembros de la SRFC, el Tribunal es consciente de que las medidas de conservación y ordenación pesquera, para ser efectivas, deben afectar a toda la unidad de población en toda su extensión, zona de distribución o rutas migratorias (...)".

El original trabajo transversal de los tres marcos conceptuales siempre presentes, la variedad de enfoques, la formación específica de la mayoría de los colaboradores, la libertad con que se expresaron hacen de esta obra un producto señero en la materia, el que seguramente operará como libro de consulta obligatoria en los más destacados ámbitos académicos.

Redacción RF

GODIO, Leopoldo M. A. *La Enseñanza del Derecho Internacional Público. La influencia de la Cátedra de Luis A. Podestá Costa en la Universidad de Buenos Aires. Serie Tesis, Eudeba, 2023, 484 páginas.*

La presente obra refleja una exhaustiva investigación sobre un aspecto no tan desarrollado en las pesquisas historicistas del ámbito académico, como son los estudios de las cátedras de las facultades y los aportes efectuados por sus principales referentes y discípulos.

El autor demuestra en esta obra, fruto de su tesis doctoral en la Universidad de Buenos Aires, el rol y la impronta de unos de sus principales referentes en la enseñanza del derecho internacional público como fue el Dr. Luis A. Podestá Costa. A través de sus aportes tanto académicos como al servicio de la política exterior argentina, se aprecia un legado que fue posteriormente tomado por sus discípulos y ulteriores académicos hasta la actualidad.

La obra no solo se detiene en el análisis sobre cómo fueron evolucionando los programas e influencia de la Cátedra de Podestá Costa en la Universidad de Buenos Aires, sino que brinda un detallado estudio sobre la historia de la materia desde sus orígenes al crearse la Universidad de Buenos Aires y su Facultad de Derecho. En ese sentido, la obra nos introduce en un viaje en el tiempo que al camino de ir mencionando la evolución de la materia allá por 1822, nos posibilita ir conociendo y recordando hechos de la historia del país y de la propia Universidad que marcaron sus tiempos y donde una parte considerable de los profesores de derecho internacional público fueron protagonistas de una u otra manera.

A fin de dar cuenta del estudio efectuado, la obra se divide en diversas secciones y partes que posibilitan al lector tener una cabal referencia de la evolución de las cátedras de derecho internacional público desde la misma fundación de la Universidad de Buenos Aires hasta nuestros días.

La primera parte se la demarca entre 1822 y 1955, periodo en el cual se puede apreciar un detallado estudio de la documentación existente en archivos de la Universidad y otras instituciones, para brindar el contexto del surgimiento de la materia, cuya denominación inicial fue designada como “derecho natural y de gentes” por quien fuera su primer responsable de la materia y a la vez Rector de la Universidad de Buenos Aires, Antonio Sáenz.

Esa etapa se configura con diversos académicos que irán asumiendo la responsabilidad de la cátedra y entre los que se pueden enfatizar la impronta dejada por Isidro Ruíz Moreno, no solo en el ámbito académico sino la influencia en el ámbito nacional devenido de su trayectoria al servicio de la política exterior del país. En esa demostración de indagación documental que marcó también una época en la influencia de la enseñanza de la cátedra, denota también un particular estudio, la controvertida figura del último representante de la cátedra en la persona de Lucio Moreno Quintana.

Una segunda etapa del estudio donde la obra se posiciona entre 1956 y 1970, conlleva una bifurcación de la enseñanza del derecho internacional público en dos cátedras y a la vez constituye el estudio central de la obra al ser el período de aportes que conformara Luis A. Podestá Costa y se transmitiera a sus principales discípulos según lo refleja el autor, los profesores Hugo Caminos y Ernesto Hermida.

En este período el autor indaga en la figura de sus dos principales referentes que dieron inicio a las dos cátedras que se conforman en la Facultad de Derecho. Por una parte, la de Isidro Ruíz Moreno (h) cuyos discípulos contaron entre otros al recordado jurista y magistrado internacional José M. Ruda (aunque su paso por la cátedra fue incipiente) y como se detalla en la obra las razones que motivaron el estudio de la tesis por parte de autor, la trascendente obra y trayectoria de Luis A. Podestá Costa. En parte, la figura de este académico, como lo indica el autor, se debió en ser quien, no solo fue testigo de la transición de un derecho internacional clásico a uno más contemporáneo sino de sus posturas y actuaciones profesionales internacionales que le fueron reconocidas como una figura destacada en el ámbito nacional como internacional. Pero, sobre todo, porque esa impronta la supo transmitir a sus discípulos y con ello sus enseñanzas y obras han perdurado en el tiempo.

Una tercera parte de la obra se dedica a la incidencia de la figura y aportes de Luis A. Podestá Costa en sus colegas y discípulos. Este período que el autor lo sitúa entre 1963 y la actualidad, nos posibilita conocer el legado de la obra de este jurista nacional y su ramificada trascendencia en un amplio número de catedráticos que han venido desempeñándose en la materia, en donde sus principales discípulos han sido también maestros y han formado a nuevas generaciones. Futo de ese legado, y de sucesivas modificaciones de los planes de estudios de la carrera de derecho, las cátedras de derecho internacional público fueron ampliándose y dieron grandes juristas y profesores que se destacaron (y algunos aún lo hacen) en ámbitos académicos, del servicio exterior de la nación o en foros internacionales.

Christian G. Sommer

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de diciembre de 2023

